

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DOCTORAT ÈS SCIENCES JURIDIQUES

L'HYPOTHÈQUE GRECQUE

ET SA

SIGNIFICATION HISTORIQUE

THÈSE

*L'acte public sera soutenu le samedi 23 Juin 1917
à 2 heures*

PAR

PAUL BASTID

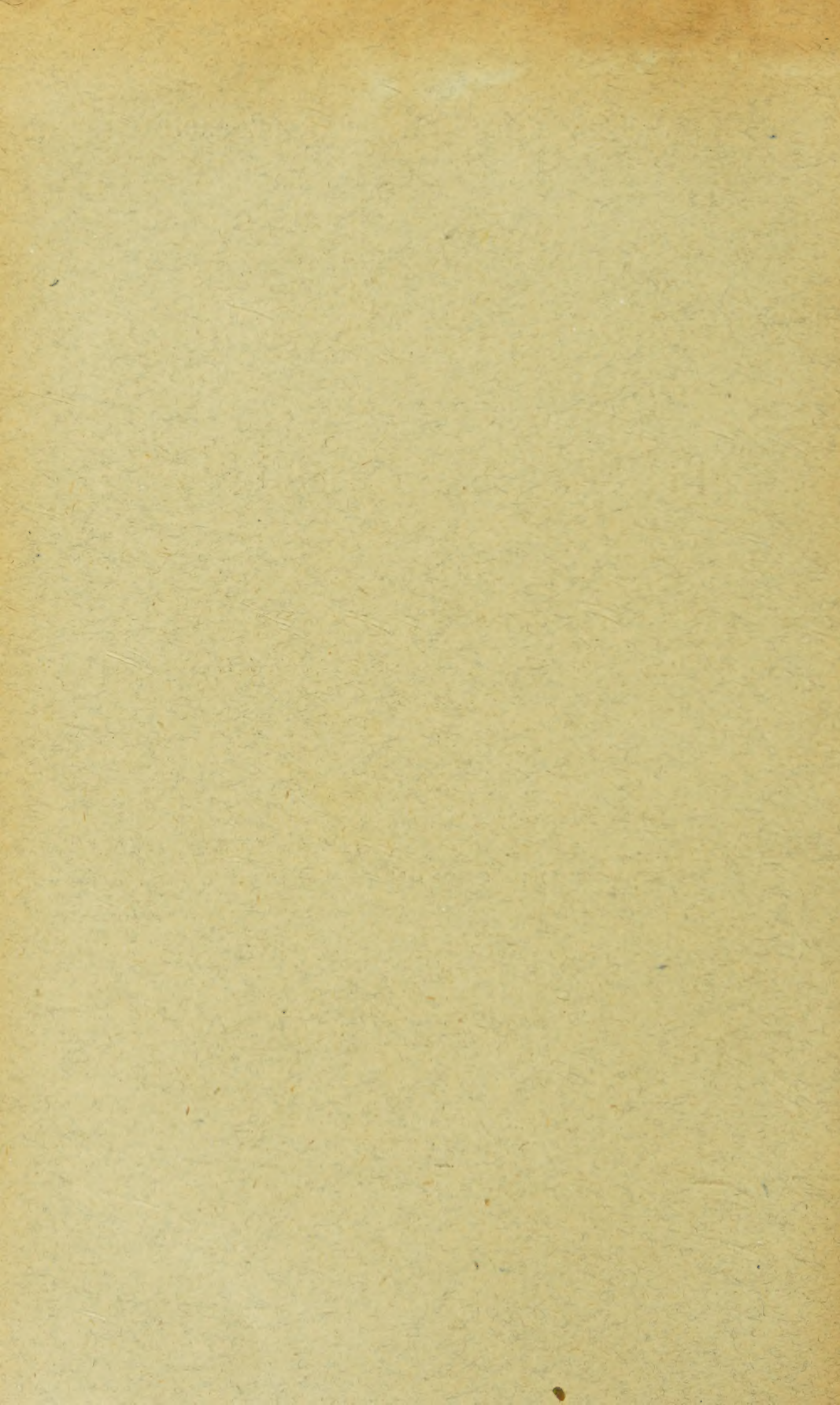
ANCIEN ÉLÈVE DE L'ÉCOLE NORMALE SUPÉRIEURE
PROFESSEUR AGRÉGÉ DE PHILOSOPHIE AU LYCÉE D'ALGER
DOCTEUR ÈS SCIENCES POLITIQUES ET ÉCONOMIQUES

M. P.-F. GIRARD, Professeur, *Président* ;
MM. JOBBÉ-DUVAL, Professeur, } *Assesseurs.*
AUDIBERT, Professeur, }

TOURS

IMPRIMERIE PAUL SALMON
10, rue Gambetta, 10

1917



L'HYPOTHÈQUE GRECQUE

ET SA

SIGNIFICATION HISTORIQUE



Digitized by the Internet Archive
in 2026

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DOCTORAT ÈS SCIENCES JURIDIQUES

L'HYPOTHÈQUE GRECQUE

ET SA

SIGNIFICATION HISTORIQUE

THÈSE

*L'acte public sera soutenu le samedi 23 Juin 1917
à 2 heures*



PAR

PAUL BASTID

ANCIEN ÉLÈVE DE L'ÉCOLE NORMALE SUPÉRIEURE
PROFESSEUR AGRÉGÉ DE PHILOSOPHIE AU LYCÉE D'ALGER
DOCTEUR ÈS SCIENCES POLITIQUES ET ÉCONOMIQUES

M. P.-F. GIRARD, Professeur, *Président* ;
MM. JOBBÉ-DUVAL, Professeur, } *Assesseurs.*
AUDIBERT, Professeur, }

TOURS

IMPRIMERIE PAUL SALMON

10, rue Gambetta, 10

1917

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

L'HYPOTHÈQUE GRECQUE

ET SA

SIGNIFICATION HISTORIQUE

INTRODUCTION

Les Sources

Certes le temps n'est plus où l'on pouvait se plaindre que le droit grec échappât aux entreprises de la science (1). Depuis un demi-siècle d'études approfondies et coordonnées entre elles, bien des résultats ont été enregistrés et bien des obscurités éclaircies. Aux premiers essais de Caillemer et de Dareste succédèrent, en France même, une multitude de recherches, de notes, d'articles, de communications, d'ouvrages. Et la contribution de notre pays, pour si utile qu'elle ait été, ne demeure pas la plus volumineuse. Mais, si la littérature de la matière s'est enrichie de façon brusque et inattendue, la documentation, est-il besoin de le dire ? n'a pas reçu un accroissement égal. La plupart des textes sur lesquels nous travaillons aujourd'hui étaient déjà connus lorsque l'attention du monde savant s'est portée sur les institutions juridiques de la Grèce ancienne. Ces textes n'ont pas cessé de dominer le sujet. Et, bien que l'on affirme parfois le contraire, il y a, pour ce qui concerne l'époque classique, une disparité singulière entre l'importance des découvertes épigraphiques et le développement de l'érudition.

Est-ce à dire qu'une étude de l'hypothèque grecque soit à l'heure actuelle nécessairement tardive ou prématurée ? Le

(1) Cf. les regrets exprimés par Caillemer au début du troisième fascicule de ses *Études sur les antiquités juridiques d'Athènes*, 1865-1872.

sujet n'est pas neuf et nous n'avons pas l'illusion de le croire (1). Il ne semble pas d'autre part que la mise à jour de textes capitaux vienne en rafraîchir l'actualité. Les plaidoyers civils de Démosthène restent la source la plus abondante et la plus sûre où il nous soit permis de puiser. Ces documents ont été soumis à une investigation trop scrupuleuse pour que l'interprétation puisse en être modifiée autrement que dans les détails. — Mais inscriptions et discours doivent être étudiés à la lumière d'hypothèses récentes sur l'évolution des sûretés réelles. Peut-être sur ce terrain n'est-il pas téméraire de vouloir reviser certaines conclusions hâtives. En un mot ce sont des questions de continuité historique qui se posent à nous.

Les rapports de l'hypothèque grecque avec l'hypothèque romaine ont fait l'objet de quelques analyses et de beaucoup d'affirmations. Longtemps on s'est borné à constater les différences qui séparent ces deux institutions de nom identique. Mais une science nouvelle est sortie de terre, qui a permis de rétablir entre l'une et l'autre une transition au moins apparente. La papyrologie, dont l'outillage et les principes sont également nouveaux, s'est attaquée aux textes juridiques gréco-égyptiens, dans lesquels l'influence romaine paraît se mélanger aux influences étrangères. Ne peut-on y saisir sur le vif l'élaboration d'une garantie dont nous n'avions vu jusqu'alors que des modalités jugées inconciliables? A cet égard toutes les tentatives sont originales. Le déchiffrement des papyrus et les travaux d'interprétation ont marché du même pas. C'est là un élément de vie dont l'action peut s'étendre à des problèmes que l'on supposait épuisés. L'activité scientifique à laquelle les papyrus ont donné lieu nous invite à relire patiemment des documents plus anciens et mieux connus, ne serait-ce que pour voir s'ils confirment l'exégèse des papyrologues.

Le but de ce travail est ainsi fixé. Nous nous occuperons principalement de l'hypothèque grecque telle qu'elle existait au temps des Orateurs. Nous chercherons ensuite à situer

(1) Néanmoins aucune monographie n'a été jusqu'à ce jour publiée en France sur ce point.

cette institution dans l'histoire des idées juridiques. Nous serons ainsi conduit à examiner l'influence qu'a pu exercer l'hypothèque grecque sur l'hypothèque romaine. Et les données de la papyrologie nous serviront alors, sans que nous voulions nous aventurer trop loin dans le domaine d'une discipline spéciale, à poser la question dans toute son ampleur. L'hypothèque grecque a intéressé beaucoup de critiques en tant que fait de transition. Par suite, c'est dans sa signification historique qu'il convient de l'envisager.

Etudier l'hypothèque des âges classiques, c'est faire appel à des documents de deux ordres : textes littéraires, textes épigraphiques. Les renseignements qu'ils nous donnent sont loin d'avoir tous la même valeur. Les inscriptions nous déconcertent pour la plupart en raison de leur laconisme. Ce ne sont pas les bornes hypothécaires très nombreuses que nous possédons (1) qui dans leur sécheresse nous font saisir le mécanisme de l'institution. Quelquefois, il est vrai, dans les inscriptions, il est parlé de l'hypothèque, incidemment sans doute, mais d'une manière plus suggestive, à propos de telle ou telle opération de la vie juridique (2). Mais trop souvent les données éparses que nous en pouvons recueillir sont empruntées à des législations différentes et difficiles à coordonner entre elles (3). D'autres fois trop de controverses linguistiques ont eu lieu pour que l'on puisse définitivement tabler sur une interprétation (4). Enfin et surtout, les inscriptions ne nous révèlent pas le fonctionnement même de l'hypothèque. Toutes les difficultés pratiques que fait surgir la vie courante nous échapperaient si nous étions réduits

(1) Dareste, Haussoullier et Reinach en comptent 68 dans leur *Recueil des Inscriptions juridiques grecques*, 1891-1904, en 2 séries (= *D. H. R.*). Mais le nombre s'en est accru depuis. — Cf. Hitzig, *Das griechische Pfandrecht*, 1895, pp. 67-68 qui en ajoute six autres. — Cf. *Revue des Études grecques*, 1895, p. 448. — Ziebarth, *Sitzungsberichte der Berliner Akademie der Wissenschaften*, 1897, p. 664, qui en met à jour encore 21. — Caillemer, *vo Horos* (Daremberg et Saglio, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, 1877 sqq.)

(2) Cf. les contrats de louage d'Athènes et de Mylasa (*D. H. R.* I, pp. 235 sqq.)

(3) Nous pensons notamment aux lois d'Ephèse, dont il est malaisé de tirer des arguments généraux.

(4) C'est le cas en particulier pour les lois de Gortyne.

à elles seules. Ce n'est point dans les registres de nos conservateurs des hypothèques que nous pourrions acquérir une idée suffisante de l'état actuel de notre institution. Or les textes épigraphiques ne nous fournissent guère autre chose que des documents de publicité. En tout cas les débats d'un procès nous instruiraient beaucoup mieux sur ce que nous désirons savoir. De semblables débats nous ne possédons bien entendu que des pièces fragmentaires, qui nous ont été conservées au titre oratoire : les plaidoiries des logographes. Elles ne laissent pas d'éclipser les inscriptions. Ajoutons que, si les plaidoyers ne peuvent nous révéler aucune transformation historique puisqu'ils sont tous de la même époque, les inscriptions ne nous donnent pas de renseignements sur une période très étendue. En particulier les ἑφοί hypothécaires se placent tous entre le iv^e et le iii^e siècle (1).

Nous avons pris pour guide à travers l'épigraphie juridique grecque le *Recueil* classique de Dareste, Haussoullier et Reinach. Nous l'avons complété par d'autres là où la chose nous a paru nécessaire (2). Pour ces dernières années c'est surtout au *Bulletin de Correspondance hellénique* (= *B.C.H.*) et aux *Mittheilungen des deutschen archaeologischen Instituts in Athen* (= *Ath. Mitth.*) que nous avons eu recours.

Quant aux orateurs, beaucoup des plaidoyers civils connus sous le nom de Démosthène nous fournissaient un grand luxe d'indications. Peu importait pour l'usage que nous devions en faire qu'ils fussent authentiques, apocryphes ou

(1) Harpocraton sans doute contemporain de Marc-Aurèle, parle des ἑφοί comme d'un lointain souvenir (vis ἑφοί, ἄστικτον χωρίον, ἀποτιμηταί.) — Cf. Meier, Schomann et Lipsius, *Der attische Process*, nouv. éd. 1883-1887, p. 485, n. 24 et p. 691, n. 582. — Il en est de même pour Pollux, *Lexique* (IX, 3 ; III, 85) et Hesychius, *Lexique* (vis ἑφοί, ἄστικτον χωρίον).

(2) Citons, en dehors du *Corpus inscriptionum graecarum* (= *C. I. Gr.*), du *Corpus inscriptionum atticarum* (= *C. I. A.*) et du *Voyage archéologique en Grèce et en Asie-Mineure* de Le Bas, 1847 sqq., continué par Waddington et Foucart, Rangabé, *Antiquités helléniques*, 2 vol., 1842-1855, Ross, *Inscriptiones graecae ineditae*, 3 fac. 1834-1845, Dittenberger, *Sylloge inscriptionum graecarum*, 2^e éd., 1898-1901, 3 vol., et *Orientalis graecae inscriptiones selectae*, 2 vol. 1902-1905 ; *Ephemeris archaeologica*, 1837, sqq. ; *Epigraphai anecdotoi*, 1851-1860, *Philistór*, 4 vol., 1861-1863 ; Ch. Michel, *Recueil d'inscriptions grecques*, 2 vol., 1912.

douteux ; et à cet égard nous n'avions à établir entre eux aucune différence. Ils portent tous la marque de leur époque ; et c'est là l'essentiel (1). Les plaidoyers d'Isée nous ont aussi quelquefois été utiles. Pour les uns et pour les autres, nous nous sommes référé en la contrôlant à la traduction de Dareste (2).

Indépendamment des inscriptions et des plaidoyers, nous pouvions encore trouver quelques renseignements épars dans des œuvres purement littéraires. Trop souvent la précision leur fait défaut. Plus précieux ont été pour nous les lexicographes qui, lorsqu'ils cherchent à fixer sur le tard la langue juridique, reflètent des traditions presque toujours sûres. Pollux, Harpocraton, Hesychius, Suidas, Photius et Zonaras ont été par nous dépouillés.

En ce qui concerne la seconde partie de notre travail, les documents romains étaient d'une consultation facile ; et, pour le droit des papyrus, nous avons surtout suivi les *Grundzüge* et la *Chrestomathie* de Mitteis, qui donnent les textes capitaux avec des commentaires appropriés (3).

(1) Parmi les plaidoyers que nous avons étudiés, peuvent être considérés comme sûrs les plaidoyers contre Aphobos, contre Onétor, contre Spoudias, contre Panténète, contre Dionysodore. Ne sont certainement pas de Démosthène les discours contre Zénothémis, contre Callippe, contre Timothée, contre Lacrite, contre Nééra, contre Polyclès, contre Evergos et Mnésibule, contre Phénippe. Paraissent incertains les plaidoyers contre Apatourios et contre Phormion. — Cf. Croiset, *Histoire de la littérature grecque*, IV, pp. 565 sqq.

(2) Dareste, *Les plaidoyers civils de Démosthène*, 1875, 2 vol.

(3) L. Mitteis et U. Wilcken, *Grundzüge und Chrestomathie, der Papyruskunde*, 1911, II, Juristischer Theil: 1 Abth. *Grundzüge* (L. Mitteis). 2 Abth. *Chrestomathie* (L. Mitteis). — Cf. aussi Marco Modica, *Introduzione allo studio della papirologia giuridica*, 1914.

PREMIÈRE PARTIE

ANALYSE DE L'INSTITUTION

SECTION I

ORIGINE ET ÉVOLUTION DE L'HYPOTHÈQUE GRECQUE

CHAPITRE PREMIER

De la terminologie

Nous confondons sous le nom d'hypothèque trois institutions grecques distinctes : la vente à réméré, le gage et l'hypothèque proprement dite. Quel est le rapport de ces trois modalités ? C'est ce que nous aurons l'occasion de rechercher bientôt. Mais, pour tant que l'on s'efforce de considérer chacune d'elles comme une forme de sûreté réelle originale et indépendante, il est bien difficile d'étudier l'une sans étudier les autres. Tous les auteurs ont dû les analyser concurremment. Et il n'y a aucune raison pour rompre avec ces habitudes. D'ailleurs la terminologie juridique des Grecs est assez flottante. Non seulement la conception grecque de l'hypothèque est plus large que la nôtre : elle est aussi plus incertaine. Sans doute, d'une manière générale, on peut dire que si la vente à réméré est désignée par l'expression de *πρᾶσις ἐπὶ λύσει*, les termes d'*ἐνέχυρον* et d'*ὑποθήκη* conviennent plutôt respectivement au gage et à l'hypothèque ordinaire 1). Mais d'abord ces mots figurent

(1) Cf. *Glossae nomicae*, cité par Saumaise, *De modo usurarum*, 1639, p. 489. — De Vries, *De faenoris nautici contractu jure attico*, 1842, p. 37. — Platner, *Der Process und die Klagen bei den Attikern*, 1824-1825, II, p. 302 ; Meier, Schomann et Lipsius, *op. cit.*, p. 690. — Büschenschütz, *Besitz und Erwerb im griechischen Altertume*, 1869, p. 485. n. 1 ; Beauchet, *Histoire du droit privé de la république athénienne*, 1897, III, p. 178. — Parfois aussi le gage s'appelle *πίστις* (Le Bas-Waddington, *Asie Mineure*, 136 a, 409) ou *παρακαταθήκη* (Cf. Meier, Schomann et Lipsius, p. 690, n. 374).

parfois à la place l'un de l'autre, au moins pour les deux derniers. (1) D'autre part ἐνέχυρον et ὑποθήκη sont susceptibles de revêtir une acception très générale. Ils signifient alors toute espèce d'engagement, de quelque nature qu'il soit. Démosthène nous parle de prêts contractés ἐπὶ ἐνέχυρον ou ἄνευ ἐνέχυρον c'est-à-dire avec ou sans garantie (2). A l'inverse il attribue à ὑποτιθέναι le sens indéterminé d'affecter, et parfois dans des textes où il s'agit précisément du gage mobilier (3).

L'imprécision inhérente à ce vocabulaire se complique encore par l'emploi fréquent du mot ἀποτιμήματα pour désigner toute une classe d'hypothèques. Existe-t-il entre l'ἀποτιμήματα et les autres formes de garantie réelle une démarcation bien tranchée ? On l'a prétendu, et certains ont vu dans l'ἀποτιμήματα une hypothèque dotale conventionnelle par laquelle l'usage suppléerait, au profit de l'époux créancier de la dot, à l'absence de l'hypothèque légale (4). Tel est bien le cas le plus ordinaire. Encore faut-il y joindre les cas d'hypothèque fournie par ceux qui prennent à loyer les biens des orphelins (5). Dans l'un comme dans l'autre, le gage, en raison de la faveur qui s'attache à la créance, est régulièrement estimé par des personnes que l'on appelle ἀποτιμηταί, ce qui explique l'emploi du mot ἀποτιμήματα. Mais le sens du terme ne saurait être ainsi limité. Parfois il est question d'ἀποτιμήματα à l'occasion d'un bail ordinaire (6).

En fait, dans les inscriptions hypothécaires que nous possédons, c'est surtout de la πράσις ἐπὶ λύσει que l'ἀποτιμήματα se

(1) Le témoignage de Pollux nous confirme qu'ἐνέχυρον s'applique parfois à l'hypothèque. Et l'on trouve des textes où ce mot est employé en cas de vente à réméré. — Pollux, III, 84 ; VIII, p. 142. — Démosthène, c. *Apatur.*, § 10.

(2) Démosthène, c. *Timoth.*, §§ 53, 61.

(3) Démosthène, c. *Timoth.*, § 48 τὸν Βουώτιον ναύαρχόν φησι δανείσασθαι καὶ ὑποθεῖναι τούτου τοῦ ἀργυρίου τῷ πατρὶ τῷ ἐμῷ χαλκόν... § 50 ἀλλὰ γὰρ ὑποθέσθαι φησὶν αὐτὸν χαλκόν. — Cf. encore pour une acception élargie du mot ὑποθήκη, c. *Phorm.*, § 7, où le mot signifie à peu près : affectation.

(4) Caillemet (*Daremberg et Saglio*), v^o *Apotiméma* et v^o *Dos*. — Cf. Harpocraton, v^o ἀποτιμηταί ; Pollux III, 36 ; VIII, 142 ; *Etymologicum Magnum*, 340, 44. — Petit, *Leges atticae*, éd. Wesseling pp. 552-553. — Cf. Suidas et Hesychius. Ce dernier dit notamment : ἀποτιμήματα, αἱ πρὸς τὰς φερὰς ὑποθηκί.

(5) C'est ce que l'on appelle la μίσθωσις οἴκου. — L'hypothèque dans ce cas reposait également sur la coutume. — Cf. Van Assen, *Adnotationes ad Gaium*, I, p. 129.

(6) C. I. Gr. II, 570, l. 19.

distingue. Nous trouvons par exemple dans le *Recueil*, à côté des ὅροι οἰκίας πεπραμένης ἐπὶ λύσει des types d'ὅροι οἰκίας ἀποτετιμημένης. Parfois les deux expressions se rencontrent dans le même texte ; et, sans que l'on puisse dire qu'il y a une opposition entre elles, elles ont certainement un sens différent (1). Sur les 68 inscriptions hypothécaires du *Recueil*, nous avons 24 ou 25 cas d'ἀποτίμηματα et 34 cas de réméré (si l'on y comprend le n° 50 dont il vient d'être question) ; enfin le mot ὑποθήκη ou des mots de même racine sont employés quatre fois seulement. Ἀποτίμημα était donc d'un usage plus courant. En tout cas il paraît ressortir du n° 10 que les termes d'ἀποτίμημα et d'ὑποθήκη sont de signification au moins très voisine. Ce texte, que les éditeurs du *Recueil* ont rangé avec raison parmi les enseignes d'ἀποτίμηματα, ne porte pas le mot ; mais il est permis de le suppléer dans la première phrase : « Ὁρος χωρίου προίκος Ἱπποκλείᾳ Δημοχαροῦς Λευκονοῖῳς Τ. » Et l'enseigne poursuit : « Ὁσῳ πλείονος ἄξιον Κεκροπίδαις ὑπόκειται καὶ Λυκομίδαις καὶ Φλυεῦσιν. »

Que faut-il conclure de là ? On ne saurait établir des démarcations tranchées. La langue est trop ondoyante pour le permettre. Et les divers systèmes qui ont été échafaudés ont obscurci plutôt qu'éclairé la matière. La question est plutôt d'interprétation littérale que de technique juridique. C'est ce que les auteurs ont trop oublié. La fréquence du mot ἀποτίμημα leur a fait oublier l'hypothèque proprement dite, ou plutôt ils ont été frappés exagérément par l'alternance que présentent les textes des mots ἀποτίμημα et πρᾶσις ἐπὶ λύσει. Dans cette alternance, ils ont vu une antithèse entre deux opérations juridiques différentes : d'un côté la vente à réméré, sûreté réelle grossière et imparfaite, de l'autre le procédé plus raffiné de l'hypothèque, réservé pour certaines circonstances privilégiées, où la propriété et la jouissance du gage demeurent entre les mains du débiteur. Telle est

(1) *D. H. R.* I, p. 114, n° 50. — Cf. Beauchet, p. 185, qui accentue à tort la prétendue opposition. Voici la traduction de ce texte : « Enseigne d'un terrain et d'une maison vendus à Hieromnémon de Halae 500 dr. d'après le contrat déposé chez Lysistratos, et aux receveurs de la dîme 130, et assignés en garantie aux Eranistes qui sont avec Theopeithis d'Icaria ». Il semble s'agir d'opérations successives. Les biens ont déjà été vendus à réméré ; et ils font maintenant l'objet d'une nouvelle affectation, qui se réalise sans doute d'une autre manière.

par exemple la manière de voir de Hitzig (1). Hypothèque et vente à réméré auraient chacune leur domaine propre, l'hypothèque jouerait dans les cas de dot et de bail, spécialement dans les cas de *μίσθωσις οἴκου*. La vente à réméré serait employée comme garantie des autres créances, en particulier de celles qui se rattachent à un contrat de prêt. Puis, l'on cherche les raisons qui ont fait préférer tantôt l'une et tantôt l'autre sûreté. La vente à réméré est une garantie plus énergique. Or le créancier, dans le prêt, se dépouille des deniers prêtés. La *πράσις ἐπὶ ὀφείῃ* le mettait plus sûrement à couvert des risques. En cas de bail ou de dot, la propriété n'est pas transférée : elle demeure entre les mains, soit du bailleur, soit de la femme (au moins, dans cette seconde hypothèse, s'il s'agit d'un corps certain). Une garantie aussi sérieuse n'était plus nécessaire. En ce qui concerne la dot d'ailleurs, la vente à réméré aurait contrevenu au principe sur lequel est fondé ce patrimoine d'affectation destiné à soutenir les charges du mariage, puisqu'elle aurait privé le mari de certains revenus. En ce qui concerne la *μίσθωσις οἴκου*, les intérêts du pupille pouvaient être efficacement sauvegardés lors de la constitution d'*ἀποτέλεσμα*. Enfin, le contrat de bail en général ne serait-il pas devenu impossible si le locataire avait dû, outre le paiement de son loyer, remettre au bailleur, à titre de gage, un de ses immeubles en propriété ou en jouissance ?

Nous voici entraîné bien loin de notre point de départ. Et il paraît difficile de suivre l'auteur dans ses inductions. C'est sur des raisonnements plus que sur des textes que s'appuie sa doctrine. Et ces raisonnements sont-ils même, d'un point de vue strictement logique, inattaquables ? Par exemple, les motifs que donne Hitzig pour justifier l'application de l'hypothèque au cas de garantie de la dot ne sauraient toujours convenir. Lorsque la dot n'est pas un

(1) Hitzig, *op. cit.* pp. 5, sqq. L'auteur cite le plaidoyer contre Onétor. On y voit Démosthène combattre les prétentions d'Onétor sur le fonds en invoquant l'inexistence, la nullité éventuelle de l'obligation. Onétor, qui fait valoir une hypothèque dotale, doit affirmer que sa sœur est séparée d'Aphobos, que le mariage se trouve par suite dissous et que l'action en restitution de la dot est justifiée. — En réalité, si Onétor doit prouver qu'il y a eu divorce, ce n'est pas pour prouver qu'il y a créance dotale mais simplement qu'il y a créance.

corps certain mais une somme d'argent, la propriété en passe nécessairement au mari. La femme en devient simplement créancière, son *kyrios* étant chargé du recouvrement (1). Or, nous voyons souvent des ἀποτιμήματα constitués pour des dots fournies en espèces. Tout d'abord, lorsque ὁρος s'exprime ainsi : « Enseigne d'une maison affectée en garantie à la dot de... *n* drachmes », il est à présumer que la somme énoncée indique autant le chiffre de la dot, qui a pu être versée en numéraire, que l'estimation du gage. Et il n'y a même aucune raison de croire que les deux valeurs ne soient pas équivalentes. Or c'est de beaucoup le cas le plus général (2). Mais le §4 du *Registre des constitutions de dot de Myconos*, pour une hypothèse peu différente, ne laisse à cet égard aucun doute. « Callixenos, y est-il dit, a marié sa fille Timécrate à Rhodoclès et lui a constitué une dot de 700 dr., sur laquelle un trousseau de 300. Rhodoclès reconnaît avoir reçu le trousseau et cent drachmes. Pour les trois cents qui restent, Callixenos a hypothéqué à Rhodoclès sa maison sise dans la ville et touchant la maison de Ctésidemos, fille de Chaerelas » (3). Ajoutons que, si le mari avait conclu d'aventure une πρᾶσις ἐπὶ λύσει en garantie de la dot, il n'aurait pas perdu nécessairement une fraction de ses revenus, car son cessionnaire aurait toujours pu le laisser en possession.

De fait, la restitution de la dot est parfois garantie par une vente à réméré (4). Il en est de même pour la μίσθωσις οἴκου (5).

Un système peu différent a été soutenu par Beauchet, (6) qui accepte dans son principe la thèse de Hitzig, mais se

(1) En ce sens Caillemer, v^o *Dos* (*Darembert et Saglio*). On a même parfois soutenu que le mari devenait propriétaire de la dot dans tous les cas. (Cf. Desjardins, *De la condition de la femme dans le droit civil des Athéniens*, 1866, pp. 13-14. — P. Gide, *Étude sur la condition privée de la femme*, 2^e éd., 1885, (Esmein) p. 85).

(2) *D. H. R.*, I, n^{os} 10, 12, 14, 15, 18, 20, 21 des ὅροι hypothécaires. — Le n^o 17 est plus explicite, ainsi que le n^o 23.

(3) *D. H. R.*, I, p. 51. Dans ce cas le mari, qui se fait consentir une hypothèque et non une πρᾶσις ἐπὶ λύσει, a bien consenti à un véritable appauvrissement, puisqu'il a conclu le mariage sans recevoir intégralement la dot qu'il était en droit d'attendre.

(4) *D. H. R.*, I, n^o 27 des ὅροι hypothécaires.

(5) *Ephem. arch.*, 1883, p. 147,

(6) Beauchet, p. 187.

refuse à généraliser et à dire que, même à l'origine, l'*ἵποτίμημα* était réservé aux cas de dot et de bail, tandis que le *πρόσις ἐπὶ λύσει* garantissait le prêt et autres opérations analogues.

Nous ne croyons pas que la simple analyse du vocabulaire autorise des conclusions semblables à celles de Hitzig. L'expression de *πρόσις ἐπὶ λύσει* est la seule qui ait un sens technique nettement délimité. Et le moment n'est pas venu d'examiner les rapports que la vente à reméré soutient avec l'hypothèque. Quant à l'usage le plus ordinaire du mot *ἵποτίμημα* nous ne l'expliquerons qu'en nous rappelant la substitution fréquente de ce terme au mot *ὑποθήκη*. Or le texte déjà cité d'Harpocraton nous donne ici à réfléchir. « Ceux qui devant l'archonte prenaient à loyer les biens des orphelins fournissaient un gage en garantie du loyer. Les gages ainsi estimés s'appelaient *ἵποτίμηματα* et les personnes que l'on envoyait pour les estimer *ἵποτίμηται*. Les Athéniens d'alors avaient aussi l'habitude, quand les parents constituaient une dot à l'épouse, de demander au mari un gage de valeur égale à la dot, par exemple une maison ou un terrain ». (1) C'est de ces habitudes d'estimation préalable qu'est résulté l'emploi du terme *ἵποτίμημα*. Le gage est estimé toutes les fois qu'une faveur spéciale s'attache à la créance garantie. Il en est ainsi pour les créances dotales et pour les créances des pupilles. La même procédure a pu être conventionnellement étendue à d'autres cas. Et l'estimation, qui ordinairement n'était que l'accessoire, a pu devenir, dans l'esprit des contractants, le principal.

Il nous semble qu'*ἵποτίμημα* peut se traduire par « gage estimé ». On comprend par suite qu'en fait l'*ἵποτίμημα* s'oppose le plus souvent à la *πρόσις ἐπὶ λύσει*. Dans ce dernier cas, il est superflu de parler d'estimation, puisque cette estimation est inséparable de la vente. Au contraire, on peut hypothéquer un immeuble pour une certaine somme sans que le créancier songe à s'assurer de sa valeur, soit parce

(1) Le même mot *ἵποτίμημα* est employé en cas d'hypothèque constituée à l'occasion de contrats de louage passés au nom de personnes publiques (*D. II, R., I, p. 235*).

que cette valeur est notoirement suffisante à couvrir l'emprunt, soit parce que la garantie hypothécaire n'est pour le créancier qu'un supplément accessoire. De toute manière, l'opposition demande à être expliquée plutôt qu'elle n'est elle-même un principe d'explication. Au moins laisse-t-elle subsister dans son intégralité le difficile problème des relations entre la vente à réméré et l'hypothèque. Devant le mot ἀποτίμημα, le mot hypothèque est toujours sous-entendu. Il reste à déterminer le lien qui unit le mot hypothèque à l'expression πρᾶσις ἐπὶ λύσει. C'est une question qui ne peut être tranchée sur le terrain de l'explication littérale, en raison de l'imprécision déjà signalée de la terminologie.

Quant aux trois termes classiques de πρᾶσις ἐπὶ λύσει, δ'ἐνέχυρον et δ'ὑποθήκη il y a peu de remarques à faire sur chacun d'eux. Au lieu de πρᾶσις ἐπὶ λύσει nous rencontrons plus tard, dans les papyrus gréco-égyptiens, ὡνή ἐπὶ λύσει. Le contrat est présenté désormais sous un autre aspect : ce n'est plus sur la résolution éventuelle de l'appauvrissement du débiteur que l'on insiste, mais sur celle de l'enrichissement du créancier. Nous ne serions plus à l'époque où la sûreté conférée était avant tout une gêne imposée au débiteur. Mais peut-être est-il téméraire de tirer de ces faits des conclusions d'ensemble... Le mot ἐνέχυρον vient de ἐν ἐχύρῳ en sûreté (1). Il y a dans cette expression, sinon la même image que dans le latin *pignus*, du moins une idée similaire. Enfin le mot ὑποθήκη qui a eu dans la suite une si étrange fortune, n'est qu'un sorte de variation exécutée sur le thème général τιθέναι, θέσις. Ὑποτιθέναι signifie placer dessus à titre de fondement. Prendre en hypothèque se dit ὑποτιθέναι, comme donner hypothèque ὑποτιθέναι. Mais on trouve souvent les formes simples (2). La chose hypothéquée

(1) ἐχύρον vient lui-même de ἔχον — Cf. Pappulias, Ἡ ἐμπράγματος ἀσφάλεια, 1909, I, p. 14 sqq. L'auteur croit qu'ἐνέχυρον est le terme général pour désigner toute espèce de sûreté réelle, que la possession du gage passe au créancier ou qu'elle reste au débiteur. — En réalité, tous les termes dont il est question au texte peuvent à certains moments revêtir une signification très large, et pour ainsi dire générique. — Cf., en dehors des exemples déjà cités pour ἐνέχυρον et ὑποθήκη, et en ce qui concerne le terme ἀποτίμημα, Harpocraton, h. v., in fine.

(2) Démosthène, c. Nicostr. § 10. — Cf. Pollux, VIII, 142 : θεῖναι μὲν οἰκίαν ἐστὶ τὸ δοῦναι εἰς ὑποθήκην, θέσθαι δὲ τὸ λαβεῖν εἰς ὑποθήκην. — De même ἀποτιμάσθαι est parfois remplacé par le simple τιμάσθαι.

est appelée en général τὸ ὑποκείμενον (1). Le créancier hypothécaire s'appelle ὁ θήμενος ou ὁ ὑποθήμενος (2). Très souvent d'autre part l'affectation est simplement indiquée par la préposition ἐπὶ. Δανείζειν ἐπὶ, *prêter sur*, disent beaucoup de textes (3).

La traduction du terme ὄρος, qui sert à désigner les emblèmes hypothécaires, ne fait pas difficulté. Peut-être vaut-il mieux cependant, comme on l'a remarqué, le rendre par le mot *enseigne* que par le mot *borne*, plus généralement employé. En effet les ὄροι des propriétés non bâties consistaient seuls dans des poteaux fichés en terre. Pour les maisons, ils étaient remplacés par des plaques scellées dans la muraille (4).

(1) Démosthène, c. *Aphob.* II § 18.

(2) *Ibid.*

(3) Démosthène, c. *Phorm.* § 18, § 23. — c. *Panten.* § 4 etc.

(4) Cf. Dareste, *Les inscriptions hypothécaires en Grèce*, 1885. — Stœlzel, *Über die ὄροι*, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, VI, pp. 96 sqq. — J. Martha, *B. C. H.* I, pp. 235 sqq. — Beauchet, p. 351.

CHAPITRE II

Histoire de l'hypothèque dans ses rapports avec quelques institutions similaires

On est traditionnellement porté à admettre que l'hypothèque est issue d'un remaniement du gage. C'est indiscutable pour le droit romain. On a cru en trouver dans le droit grec une confirmation éclatante. Avant d'examiner s'il est vrai que l'hypothèque grecque marque le terme d'une longue élaboration historique, analysons tour à tour les différentes sûretés réelles que nous offre le droit hellénique. Nous serons mieux à même de discuter alors la vraisemblance d'une filiation.

I. — La vente à reméré ou à pacte de rachat est en Grèce une institution classique. Les plaidoyers des orateurs nous en offrent de multiples exemples (1). On la retrouve un peu dans toutes les parties de l'Hellade (2). Il n'est pas inutile d'insister sur ce point. La vente en garantie est connue, sous des modalités peu différentes, de la plupart des législations (3). A Rome, nous rencontrons l'aliénation *fiduciae causa* qui, quoi que l'on en ait dit (4), ne se distingue guère de la *πρᾶσις ἐπὶ λύσει*. Mais la vente fiduciaire est loin d'avoir tenu dans la vie juridique des Romains, la même place que la *πρᾶσις ἐπὶ λύσει* dans celle des Grecs. Il semble que nous soyons ici en présence d'un droit peu achevé, où le caractère exorbitant de cette forme de

(1) Voir surtout le c. *Panten*, § 4, §§ 30-31.

(2) Par exemple à Tenos (*D. H. R. I*, pp. 64 sqq.), à Amorgos (Dittenberger, *Sylloge*, n° 831), à Lemnos (*D. H. R.*, I., p. 116, n° 59).

(3) Cf. pour la vente en garantie chez les Hébreux, S. Mayer, *die Rechte der Israeliten, Athener und Römer*, 1876, p. 258. Le transport de propriété se trouve dans le droit judaïque suspendu jusqu'à l'échéance.

(4) Cf. notamment Herzen, *Origine de l'hypothèque romaine*, 1898, p. 168. — Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, I, pp. 641-647.

sûreté n'a pas encore choqué les esprits (1). De fait, rien ne nous permet de croire, pour les périodes historiques que nous connaissons, à un recul graduel de la vente à réméré. Pendant les quatre ou cinq siècles sur lesquels porte notre investigation elle est toujours demeurée également en honneur.

Comment fonctionnait la *πράσις ἐπὶ λύσει* ? Le débiteur (en général un emprunteur) aliénait sous condition résolutoire tel ou tel de ses biens à son créancier. L'événement futur et incertain auquel était subordonnée l'extinction du droit du créancier était l'acquittement de l'obligation. Comme la propriété se transférait en Grèce sans solennité aucune, l'opération était aisée. Son inconvénient était d'enlever au débiteur la propriété et, avant la propriété, le possession et la jouissance d'immeubles, (c'est toujours pratiquement d'immeubles qu'il s'agissait) nécessaires à sa prospérité et à son crédit. L'usage, il est vrai, trouvait un moyen pour y pallier. On greffait sur le transfert de propriété un contrat de louage, en vertu duquel le créancier donnait à bail au débiteur le bien qu'il venait d'acquérir. Un exemple fameux de ce procédé se trouve dans le plaidoyer contre Panténète 1). La redevance annuelle payée par le débiteur représente moins alors le loyer de l'immeuble que les intérêts de la dette. On l'appelle tantôt *μίσθωμα* et tantôt *τόκος* (2).

On a voulu conclure de cette pratique à une évolution de la vente à réméré vers des formes plus perfectionnées de garantie réelle. La vente à réméré doublée d'un bail serait, d'après certains, l'intermédiaire entre la *πράσις ἐπὶ λύσει* et l'hypothèque. Mais ce qui aurait dû arrêter les auteurs dans cette voie, c'est que la *πράσις ἐπὶ λύσει* n'a jamais cessé de coexister avec l'hypothèque. Dans les textes du *Recueil*, elle arrive presque à égalité avec celle-ci quant au nombre de ses

(1) Le caractère exorbitant de la vente à pacte de rachat est très atténué en droit romain pour la *manipatio fiduciae causa*, par le fait que la vente, pour des raisons spéciales se conclut *nummo uno*, cf. *infra*, 2^e partie, sect. I, chap. I.

(2) c. Panten, §§ 4, 5, 9. — Cf. Caillemet, *Contrat de Louage* (Etud. sur les antiq. jurid. d'Ath., fascicule 8) p. 26. — Dareste, *Plaid. civ. de Dem.*, I, p. 248, — Beauchet, p. 239. — Cf. pour le droit romain, Gaius, *Institutes*, II, 60. — Accarias, *Précis de droit romain*, 4^e éd. 1886, I, n° 285.

(3) Inser. d'Amorgos, *Ath. Mitth.*, I, p. 345. — Cf. Meier, Schomann et Lipsius, p. 694. — Dareste, *loc. cit.* — Fustel de Coulanges, *Nouvelles recherches sur quelques problèmes d'histoire*, 1891, p. 141. — Hitzig, p. 74.

réalisations. Impossible par suite de la considérer comme une forme archaïque.

Toutefois, abstraction faite de cette transition hypothétique, on s'est plu d'une manière générale à affirmer le caractère d'institution provisoire de la vente à réméré. Bien que rien ne nous autorise à en constater une régression, on est parti de l'idée abstraite de son infériorité. Or, non seulement elle n'a point disparu, mais on ne peut se baser sur aucun texte pour la considérer comme antérieure aux autres sûretés réelles. Et surtout, l'on aurait dû remarquer que, dans sa coexistence avec l'hypothèque, la *πρῶσις ἐπὶ λύσει* se trouve précisément exclue, sauf exception, comme garantie des créances dotales ou des créances des pupilles. Or n'est-ce point dans des cas de ce genre que la législation ou les mœurs doivent le moins répugner à admettre, à imposer même des sûretés simples et énergiques ? Remarquons enfin que la *πρῶσις ἐπὶ λύσει*, si elle nous paraît bien au dessous de notre hypothèque moderne, n'était peut-être pas plus imparfaite que ne le serait à nos yeux l'hypothèque de l'ancienne Grèce (1). — Quoi qu'il en soit, la thèse qui rattache l'hypothèque à la vente à réméré est la plus couramment admise (2).

Quels sont les avantages particuliers qui ont assuré à la *πρῶσις ἐπὶ λύσει* une si longue existence ? On en a noté deux. D'une part, elle permet au créancier une transmission facile du droit qu'il a acquis. Il lui suffira en effet de revendre l'objet à un tiers qui se trouvera subrogé dans ses prérogatives et dans ses obligations (3). D'autre part, la *πρῶσις ἐπὶ λύσει* empêchait bien des contestations de naître, qui, avec l'hypothèque, eussent trouvé leur place. En cas d'hypothèque, le débiteur pouvait, à la mort du créancier, dénier, sinon l'exis-

(1) Cf. Cuq, v^o *Hypotheca* (*Darembert et Saglio*). Cet auteur remarque avec raison que l'on n'a guère fait sur ce point que des raisonnements fondés sur des idées toutes modernes.

(2) Cette thèse, dont Dareste a été le promoteur (*Nouvelle revue historique du droit* (= *N. R. H.*), 1877, pp. 171 sqq.) se retrouve par exemple chez Hermann-Thalheim (*Rechtaltertümer*, 4^e éd. 1895, p. 82, n. 2) chez Guiraud, *La propriété foncière en Grèce*, 1893, p. 282, chez Beauchet, pp. 180-183, etc. — Ce dernier auteur croit que la vente à réméré et le gage ont précédé l'hypothèque. Mais il ne se prononce pas sur l'ordre chronologique des deux premières institutions.

(3) Cf. Beauchet, *loc. cit.*

tence de la dette, du moins l'existence de l'hypothèque, en alléguant que cette dernière était une concession personnelle. Il est clair que l'aliénation fiduciaire mettait obstacle à de semblables prétentions. La propriété passait au créancier et pouvait être invoquée par celui-ci ou ses ayants cause même contre les héritiers du débiteur (1). En second lieu, dans la vente à réméré, le concours de plusieurs créanciers était rendu plus facile. Chacun d'eux devenait copropriétaire de l'immeuble vendu.

II — L'antichrèse est une institution d'origine grecque dont plusieurs textes nous révèlent le fonctionnement. Nous en trouvons notamment deux exemples dans le *Recueil* (2). Il est dit que celui qui prend en hypothèque aura la détention et la possession. Il est probable, quoique le texte soit à cet égard muet, que le créancier qui percevra les fruits devra les imputer sur les intérêts et, s'il y a lieu, sur le capital de la créance. Néanmoins il n'est pas inconcevable que nous nous trouvions en présence d'une institution originale, d'un mode nouveau de sûreté réelle. Peut-être la possession entraîne-t-elle ici la propriété effective des fruits. On serait même tenté d'invoquer en faveur de cette hypothèse l'in vraisemblance d'un sous-entendu dans la clause relative à l'imputation des fruits.

Certains veulent voir un mélange de l'antichrèse et de l'hypothèque dans le plaidoyer de Démosthène contre Spoudias (3). Le créancier laisserait le débiteur en possession de la chose, mais, au lieu d'intérêts, percevrait les fruits. « Je me fis donner en garantie de ma créance de dix mines, dit l'orateur, la maison dont les loyers sont aujourd'hui frappés d'opposition par Spoudias ». Hitzig objecte qu'il s'agit dans ce texte d'une obligation déjà échue (4). C'est la mort de Polyeucte en effet qui détermine l'échéance de l'obligation. Or Polyeucte ordonne, voyant qu'il ne pourra pas payer, de

(1) Szanto, *Wiener Studien*, IX, pp. 288 sqq.

(2) Nos 62 et 63 des *ὑποθηκάριαι*. — Cf. Guiraud, *op. cit.*, p. 281.

(3) *c. Spoud.*, § 5. — Cf. Hermann-Thalheim, *op. cit.*, p. 89.

(4) Hitzig, p. 93.

faire inscrire la garantie après son décès. C'est une satisfaction immédiate que l'on cherche ici à procurer au créancier, à titre de compensation. En tous cas l'opinion du même critique est tout à fait vraisemblable, d'après laquelle on ne saurait dire, ni que le mélange de l'hypothèque et de l'antichrèse fût normal, ni surtout que l'antichrèse ait été l'essentiel de l'hypothèque ou même son accessoire fréquent. N'oublions pas que dans le *Recueil* nous n'en trouvons que deux exemples. — Il est de même bien difficile d'appeler constitution d'antichrèse ou de gage l'opération relatée au n° 3171 du *Corpus inscriptionum graecarum*. Eubulos d'Orchomène, qui a consenti à la ville un prêt, obtient au lieu d'intérêts le droit de mener paître ses bestiaux dans les prairies communales. Il y a là une transaction amiable, sans nulle trace d'un droit de gage. Et d'ailleurs l'autorisation administrative accordée à Eubulos n'entraîne pas à son profit ce droit de jouissance privative sans lequel l'antichrèse ne saurait se concevoir. (1)

Plus voisin peut-être de l'antichrèse est le cas réalisé dans le testament d'Epictète de Théra. « Si le paiement des 200 drachmes n'est pas fait par Epiteléia ou ses héritiers dans le mois Eleusinos à la communauté des hommes du parentage, la dite communauté des hommes du parentage prendra les fruits des terres ci-dessus désignées à Mélènes, jusqu'à concurrence de... » Toutefois, il s'agit évidemment moins d'une garantie proprement dite que d'une compensation pour une dette échue et non payée (2).

III. — Toutes choses mobilières sont susceptibles d'être données en gage. Et la question du gage mobilier est d'autant plus voisine de celle de l'hypothèque que nous connaissons le gage par les plaidoyers surtout. Or c'est presque toujours du gage maritime qu'il y est question; et les limites qui séparent, dans ce domaine, le gage de l'hypothèque ne se distinguent pas aisément. La possession du gage est comme partagée entre le créancier et le débiteur. Lorsque des marchan-

(1) Cf. l'explication de Dittenberger sous *C. I. Gr.* I. 3171. — Wachsmuth, *Rheinisches Museum*, XL, p. 285, voit à tort ici un droit de gage.

(2) *D. H. R.* II, p. 83.

disés à transporter sur un navire sont affectées à un certain emprunt, il arrive d'ordinaire que le créancier lui-même ou un de ses représentants s'embarque sur le navire pour en surveiller l'emploi. Dira-t-on qu'il n'y a là qu'une mesure conservatoire ordinaire ? Dans le contre Zénothémis cependant, nous voyons le préposé du créancier intervenir de sa propre autorité auprès de l'équipage. Le capitaine Hégistrate a fait un emprunt sur corps et quille. Au cas d'arrivée à bon port du navire, il devra restitution de la somme, tandis qu'un accident de mer supprimerait toute responsabilité de sa part. Hégistrate s'est empressé d'envoyer frauduleusement chez lui, à Marseille, le montant du prêt qui lui a été consenti. Puis il cherche à simuler un naufrage, pour n'avoir rien à rendre. Mais le prêteur a placé à ses côtés un tiers chargé de contrôler ses agissements. Et ce tiers, par les ordres qu'il donne aux matelots, organise le sauvetage des marchandises (1).

Sur les modalités du gage, les plaidoyers ne nous renseignent que d'une façon très sommaire (2). Et nous n'avons pas, pour compléter ces indications, le contrôle de textes épigraphiques. En effet, le gage n'est soumis à aucune publicité spéciale. Néanmoins il est permis de s'étonner que nous possédions sur ce point si peu de documents. Dira-t-on que les contestations issues du nantissement sont plus rares que les procès hypothécaires ? Mais il se pourrait aussi que le gage fût d'une réalisation relativement peu fréquente. On disposait de tant d'autres formes de sûreté que celle-là avait moins d'intérêt. Remarquons que, dans l'organisation de toutes ces garanties, se révèle le souci, naturel à un peuple actif et entreprenant, de ne laisser aucun bien improductif. La constitution de gage confère au créancier la possession. Mais les meubles donnés en gage sont en général des choses non frugifères. Et leur utilité propre n'est pas nécessairement la même pour tous les individus. Donner un meuble en gage, c'est, le plus souvent, l'empêcher de servir à tout usage, dans l'attente d'une satisfaction éventuelle que sa vente ou son

(1) Démosthène, *c. Zenoth.*, § 8.

(2) Cf. *c. Spoud*, § 11.

acquisition définitive pourrait fournir au créancier. Or le point de vue économique l'emporte toujours en Grèce sur le strict point de vue du droit. On se préoccupe moins de défendre les prérogatives des individus que d'assurer la continuité même des opérations juridiques. Peut-être est-ce au fond une des raisons pour lesquelles la vente à réméré s'est si longtemps maintenue. Dans l'hypothèque proprement dite en effet, le débiteur, qui continue à faire valoir son bien, ne le fait valoir qu'avec un crédit diminué, dans des conditions peu favorables à une gestion utile. A cet égard la *πρᾶσις ἐπὶ λύσει* possède un avantage assez net, ce qui explique que les Grecs aient hésité à n'y voir qu'une sûreté grossière et imparfaite.

IV. — Ce que les Grecs appelaient hypothèque ne saurait bien entendu être assimilé de tous points à notre hypothèque moderne. Avant de fixer à la bonne époque les traits essentiels de cette institution, il importe d'en analyser brièvement les diverses phases historiques.

La plupart des auteurs admettent que l'hypothèque grecque a revêtu successivement deux modalités principales (1). On saisirait, selon certains, la transition de l'une à l'autre dans la loi d'Ephèse (2). D'autres croient au contraire que la transformation était déjà effectuée au temps des Orateurs (3). Pendant la première période, constituer une hypothèque, c'est, pour le débiteur, désigner un bien qui éventuellement servira de satisfaction au créancier. L'échéance de la dette arrivée, le bien, à défaut de paiement, passera d'un patrimoine dans l'autre, sans qu'il soit besoin de vérifier l'égalité des valeurs en jeu. Une mesure d'exécution forcée suffira à opérer un transfert de la propriété. Puis, l'on serait passé à une forme d'hypothèque plus raffinée, où le dessaisissement du débiteur n'a lieu que jusqu'à concurrence de ce qu'il doit. En somme, au point de départ, pro-

(1) Cf. Leo Rappe, *Der Verfall des griechischen Pfandes, besonders des griechisch-ägyptischen*, 1912, pp. 2-3. — Beauchet, pp. 275 sqq. — Hitzig, p. 4.

(2) Cf. Dareste, *Une nouvelle loi éphésienne du I^{er} siècle avant notre ère*, N. R. H. 1877, pp. 161-173.

(3) Pappulias, *op. cit.*, *passim*.

messe forfaitaire d'indemnité : au point d'arrivée, garantie dont la réalisation est soumise à une évaluation préalable.

La première forme a-t-elle existé dans toute la pureté que Dareste notamment lui attribue (1) ? La loi d'Ephèse, que l'on a invoquée, est une loi d'exception, destinée à abolir, à la suite de circonstances graves (2), un régime juridique antérieur, et à en organiser un nouveau. Derrière ces dispositions anormales, Dareste pense pouvoir atteindre ce qui se pratiquait auparavant. La loi dispose que la valeur des biens engagés, comme aussi les hypothèques qui pèsent sur eux seront évaluées sous un contrôle judiciaire et que, sur les bases de cette évaluation, les biens seront partagés entre les parties conformément à leurs droits respectifs. Dareste en conclut qu'avant cette loi le créancier hypothécaire était fondé en Grèce à s'approprier, en cas de non-paiement, l'intégralité des biens engagés. — Quels sont les faits ? La guerre a bouleversé à Ephèse les situations territoriales. La valeur des biens engagés est devenue incertaine, comme aussi l'étendue des hypothèques qui pèsent sur ces biens. Le débiteur ne peut plus justifier du chiffre de sa dette. La loi décide par suite que, dans ces circonstances exceptionnelles, il y a lieu à estimation explicite et à partage des fonds contestés. Voilà, semble-t-il, tout ce qu'il est permis de tirer de la loi. Le reste n'est que constructions arbitraires.

Dareste croit que, pour passer de la vente à réméré à l'hypothèque, il a suffi de différer jusqu'à l'échéance l'attribution de la propriété du gage au créancier. La vente à réméré offrait des inconvénients théoriques considérables. Dans l'hypothèque, au contraire, le créancier, jusqu'à l'échéance, possède sur l'immeuble un droit suspendu, ce que nous appellerions un droit de suite, faute duquel il serait à la discrétion de son débiteur. Après l'échéance, il a plus

(1) Cf. Szanto, *art. cit.*, pp. 280 sqq.

(2) On avait cru d'abord que ce texte était de l'année 86 avant notre ère environ, et que la situation critique à laquelle il avait pour but de remédier était celle créée par la guerre de Mithridate (*D. H. R.* I, p. 501). Mais il semble prouvé aujourd'hui qu'il remonte à 129-130 av. J.C. Il est par conséquent plus ancien que le texte connu sous le nom de première loi d'Ephèse, qui se place, lui, au cours de la guerre de Mithridate. — Cf. Partsch, *Griechisches Bürgerschaftsrecht*, 1909, pp. 263 sqq.

qu'un droit de préférence sur le prix ; car, s'il n'est pas payé, il prend l'immeuble, et le garde tout entier pour lui, sans avoir aucun compte à rendre. Pour accomplir un nouveau progrès, il suffira de reconnaître au débiteur un droit portant sur l'excédent du bien saisi par rapport à la créance garantie.

Toutes ces hypothèses nous paraissent suspectes. Alors même que les diverses modalités qu'on vient de définir seraient nettement discernables, on ne saurait affirmer qu'elles procèdent historiquement les unes des autres. Les conceptions juridiques des anciens Grecs étaient trop différentes des nôtres pour autoriser une semblable opinion. Dareste imagine à tort que le texte appelé seconde loi d'Ephèse était destiné à perfectionner l'institution hypothécaire. En tout cas ce texte ne porte que des dispositions de circonstance ; ce sont presque des espèces qu'il vise. A tout le moins sa valeur réglementaire n'est-elle que provisoire. Rien ne nous permet de croire, comme Szanto l'a très bien montré, qu'avant la loi la propriété du bien hypothéqué fût tout entière acquise au créancier, quelle que fût la valeur de ce bien.

Il est téméraire de chercher dans les faits une si grande logique. Aussi le même reproche qui vaut contre Dareste vaut-il également contre Pappulias et contre son maître Mitteis (1). Ces deux auteurs ont eu le tort de considérer, sans preuves suffisantes, l'hypothèque des temps classiques comme le résultat d'une élaboration analogue. Mais ils ont eu raison de montrer que, dans les plaidoyers des Orateurs, l'hypothèque est moins éloignée de nos conceptions actuelles qu'on ne le croit d'ordinaire. En fait, dans le *contre Lacrite* (2) par exemple, nous assistons à une cession d'antériorité, par laquelle les parties dérogent à la règle *prior tempore potior jure*. Le capitaine doit contracter sur le même navire deux emprunts successifs et le second prêteur exige que le premier lui cède son rang de privilège. Si le second

(1) Mitteis, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgechichte, Romanistische Abtheilung*, (= Z. S. S.) XXX, pp. 442 sqq.

(2) § 11.

rang pouvait encore constituer une garantie pour le premier prêteur, c'est donc que l'hypothèque donnait lieu à un règlement qui rappelait, de près ou de loin, notre procédure d'ordre (1).

Quoi qu'il en soit, à quelque époque qu'on la considère, l'hypothèque grecque nous semble essentiellement on-doyante. Ce n'est pas à proprement parler un pacte com-missoire que l'on invoque ; et les textes sur lesquels on vou-drait se fonder en ce sens nous offrent plutôt des cas de *πρᾶσις ἐπὶ λύσει* que des cas d'hypothèque (2). Mais ce n'est pas non plus l'hypothèque moderne, ou même l'hypothèque romaine reposant, dans sa dernière phase, sur une régu-lière organisation de la *distractio pignoris*. Nous retrou-verons plus tard l'usage des secondes hypothèques. Disons tout de suite que, si la valeur du gage hypothécaire dépassait le montant de la créance, le créancier non payé devait rendre l'excès au débiteur, et que vraisemblablement le titu-laire de la seconde hypothèque avait sur cet excès un privi-lège. L'hypothèse semble seule pouvoir rendre compte de ce double fait : pratique des affectations multiples ; carac-tère de satisfaction réelle donné au droit hypothécaire du créancier, qui réalise son gage à l'échéance par une acqui-sition de propriété (3).

V. — Telle que nous venons de la définir, l'hypothèque, aussi ancienne que la vente à réméré a une origine diffici-lement déterminable. A en croire Szanto (4), elle serait issue de la servitude de la dette. Cette servitude aurait été la forme la plus ancienne du droit du gage. Originellement,

(1) D'un manière générale il est affirmé dans ce discours que les mêmes objets peuvent être affectés à plusieurs emprunts. Dareste a lui-même, dans sa traduc-tion, insisté sur des possibilités de ce genre.

(2) Le *contre Pantenète* notamment.

(3) En tout cas l'hypothèque paraît avoir fonctionné de la même manière dans tout le monde grec. Nous possédons des documents, en dehors d'Athènes, pour Delphes, Ephèse, Amorgos, Halicarnasse, Naxos, Délos, Kymé, Théra, Cos. — Cf. Dittenberger, *Sylloge*, n° 11 A, ll. 2 et 4, ll. 70 sqq. — *D.H.R.* I, p. 34, ll. 37 sqq ; p. 116 n° 64 et p. 118 n° 66. — *B. C. H.* VI p. 26 et XIV p. 453. — Strabon XIII, 3, 6. — *C. I. Gr.* 2448. — Ross. *Inscr. gr. ined.* III, 311,6. — Le créancier n'ac-quiert sur l'immeuble hypothéqué qu'un droit éventuel de saisie, dont l'exercice est subordonné à l'insolvabilité du débiteur.

(4) Szanto, *art. cit.*, pp. 284 sqq.

c'est l'homme lui-même qui répond de la dette sur sa personne. Puis le gage a pour assiette les biens eux-mêmes. C'est tantôt la loi, comme à Athènes, tantôt la considération de l'intérêt bien entendu du créancier qui amène cette transformation. Suivant l'auteur, on en trouverait un exemple dans une inscription d'Halicarnasse. Et il y aurait d'après lui analogie entre le retard apporté au cas de servitude pour dettes à la prise de possession du débiteur et le retard apporté, au cas d'hypothèque, à la prise de possession de ses biens (1) (2).

Explication bien difficile à admettre, et qui paraît reposer sur une méprise. On confond avec la garantie spéciale de l'hypothèque l'institution du droit de gage général que possède le créancier sur tous les biens du débiteur (C. civ. art. 2092) (3). Ce droit de gage peut bien n'être qu'une transformation de la servitude personnelle originaire, sans que pareille interprétation puisse être donnée des sources de l'hypothèque. Mais surtout, dans ce système, on est conduit à faire de l'hypothèque une institution trop ancienne, à proclamer même son antériorité par rapport à l'aliénation fiduciaire. Cette affirmation serait bien contraire à tous les ren-

(1) Quant à la *πρᾶσις ἐπὶ λύσει* Szanto la rattache à la vente proprement dite, comme le *mancipatio fiducia causa* du droit romain.

(2) L'inscription d'Halicarnasse (*B. C. H. IV*) est relative à des prêts hypothécaires consentis par les temples d'Apollon, d'Athénée et de la déesse Parthenos. A l'expiration du délai, le temple met en vente les biens de ceux qui n'ont pas acquitté la dette. Les débiteurs insolvable sont d'autre part traités différemment. L'inscription comprend en effet deux parties : 1^o la liste de ceux qui ont acheté les terres et les maisons des débiteurs ; 2^o la liste de ceux qui ont acheté les débiteurs eux-mêmes. Mais Haussoullier (*B. C. H. IV*, p. 313) remarque avec raison que Silénos, fils d'Athénagoras, est vendu quatre fois, à des acheteurs différents et pour des prix différents. (*Tranche droite de l'inscription*, 34 sqq.). Ce qui est vendu, c'est donc la créance du temple sur Silénos. Silénos était débiteur du temple à raison de quatre obligations différentes. Voilà pourquoi on a fait quatre ventes. En vain Szanto (p. 285) propose-t-il d'entendre qu'il s'agit d'une vente aux quatre membres d'une communauté. Il est dit littéralement que le débiteur est vendu avec tout ce qui lui revient, καὶ αὐτοὺς καὶ ὅν ἐκνέονται πάντων, c'est-à-dire avec tout ce qui lui appartient ou peut lui appartenir. (Cf. autre explication proposée par Dittenberger, *Sylloge*, n^o 6, qui voit dans ces mots une allusion aux familles). L'homme en tout cas est vendu en tant que propriétaire. On a égard à l'état présent, et surtout à l'état futur de son patrimoine. C'est une preuve de plus qu'il n'est pas possible de faire sortir de la servitude pour dettes autre chose que le droit de gage général. L'hypothèque est complètement en dehors de la question.

(3) Cuq, v^o *Hypotheca* (*Daremberg et Saglio*).

seignements que nous possédons, pour d'autres législations au moins (1). Loin d'ailleurs que l'hypothèque puisse être considérée comme un affaiblissement de la servitude pour dettes. la servitude pour dettes n'est, la plupart du temps, là où elle existe, qu'une ressource exceptionnelle, accordée au créancier lorsque les autres moyens lui font défaut (2) (3).

Cette thèse de Szanto se rattache, il convient de le dire, à des idées centrales. L'auteur croit à la supériorité de la

(1) Cf. Accarias, I, nos 284 et 285. — Viollet, *Histoire du droit français* 3^e éd. 1905, p. 785. — Esmein, *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français*. 1883, pp. 177 sqq. — Beauchet, pp. 189-190.

(2) La servitude pour dettes a persisté dans le droit hellénique longtemps après la mise en pratique de l'hypothèque. — Szanto distingue de la servitude pour dettes le droit de rétention qui s'exerce jusqu'à complet paiement sur la personne du débiteur, dont nous trouvons un exemple à Gortyne (première loi de Gortyne, II. 46 sqq.) Il croit que la seconde institution s'est maintenue plus longtemps que la première.

(3) Il y avait sans doute en Attique, au moment où se place la réforme de Solon, une sorte de cumul de la servitude réelle et de la servitude personnelle. Les dettes pesaient sur les fonds de terre, et accessoirement sur les personnes. Lorsqu'un fonds était engagé intégralement et que le possesseur de ce fonds était conduit à s'endetter davantage encore, par suite des intérêts exorbitants auxquels il était astreint, il empruntait vraisemblablement sur son propre corps, et, en cas de non-paiement, tombait en esclavage, (Müller, *Handbuch der klassischen Altertumswissenschaft*. IV. B, I Abth : *Die griechischen Staats- und Rechtsaltertümer*, von Dr. G. Busolt, p. 137). En tout cas la servitude personnelle n'était pas ici l'essentiel ; et rien ne saurait permettre d'en faire dériver l'institution hypothécaire. — Quant aux lois de Gortyne (Cf. pour comparaison avec le droit athénien, Swoboda, *Beiträge zur griechischen Rechtsgeschichte*, 1905, pp. 42 sqq. — Lipsius, *Zum Recht von Gortyn, Abhandlungen der kon. sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften*, 1909, pp. 393 sqq., elles nous montrent la servitude personnelle sur le même plan pour ainsi dire que la garantie réelle. (Voir notamment des prescriptions comme celles contenues X, II. 25 sqq.) Et toute tentative pour établir une filiation est condamnée, semble-t-il, à un échec. Le second code de Gortyne nous parle de la situation de l'individu engagé pour dettes (§§ 5, 6). Cet individu n'est pas esclave ; il est *loco servi*. Le texte l'appelle *καταχρίμενος*, tandis que le bénéficiaire de l'engagement est désigné simplement par le mot *καταθέμενος* et non par le mot *πάστας* ; comme le maître d'un esclave. Pappulias (pp. 18-19) pense trouver dans ce texte le point de départ de la sûreté réelle. L'individu affecterait sa personne avant d'affecter ses biens. Toutefois, du premier code on peut inférer que Gortyne connaissait l'institution hypothécaire au sens large (VI, II. 12 sqq.). L'engagement du corps du débiteur apparaît bien plutôt comme une mesure anormale destinée aux pauvres, aux insolubles. Et l'on s'étonne de voir Pappulias tirer argument en faveur de sa thèse des modifications de vocabulaire que nous trouvons d'un Code à l'autre. Dans le premier Code, outre l'individu engagé, *καταχρίμενος*, et le bénéficiaire de l'engagement, *καταθέμενος*, nous trouvons l'auteur de l'engagement *κατάθετος*. Pappulias remarque que ce dernier personnage n'apparaît plus dans le second Code. Il en conclut que l'on assiste à la naissance de la sûreté réelle, précisément parce que le débiteur et l'objet viennent à coïncider. — En réalité on ne voit point ce qu'il y a à tirer de ces considérations, car il s'agit dans les deux textes d'opérations fort différentes.

vente à réméré, qui serait le procédé raffiné de garantie, tandis que l'hypothèque demeurerait une sûreté grossière. Szanto cherche dans divers textes une confirmation de ce paradoxe. La vente à réméré était, d'après lui, préférée à Ténos (1). Il invoque de même le *contre Panténète*. Lorsque plusieurs individus, dit-il, possédaient chacun pour une certaine fraction un même bien et voulaient en transférer la propriété à un tiers, on procédait par la fiction d'une vente. Le premier copropriétaire prend en mains le tout. Les autres renoncent à la possession mais non à la propriété ni à la jouissance des revenus. Le premier copropriétaire versera un loyer, aux autres comme si ces derniers lui avaient prêté la valeur de la propriété partielle qui leur revenait. L'orateur avait prêté 4.500 drachmes et Evergos un talent à un même débiteur, Panténète, sur une exploitation minière garnie de trente esclaves. L'orateur se trouva lésé à son retour par le fait qu'Evergos s'était mis seul en possession des biens qui appartenaient à tous les deux. L'orateur s'exprime ainsi : « Ce fut pour moi une grande peine, car dans ces conditions il n'y avait plus moyen de continuer l'affaire. Il fallait en effet, ou bien m'associer avec Evergos pour la régie de l'exploitation, ou bien accepter Evergos pour débiteur, au lieu et place de Panténète, passer avec lui un nouveau contrat. » (2). C'est, comme le dit fort bien Dareste, à une novation par substitution d'un débiteur à un autre que fait allusion ce dernier membre de phrase. La forme du premier contrat déterminerait celle du second. Mais on ne voit point quelle utilité spéciale la *πρᾶσις ἐπὶ λύσει* pourrait, en raison d'un état de copropriété, revêtir dans ce dernier cas.

D'une manière plus générale, la supériorité de la *πρᾶσις ἐπὶ λύσει* s'expliquerait par ce fait qu'en raison des incertitudes multiples dont la propriété se trouvait affectée

(1) *Reg. de Ténos*, ll. 85 sqq. — Nous trouvons de fait dans ce registre beaucoup de rétrocessions opérées en exécution de pactes de rachat. Mais comment en pourrait-on conclure à une prédominance de la *πρᾶσις ἐπὶ λύσει* par rapport à l'hypothèque ?

(2) *c. Pantén*, §§ 4, 5. — Szanto, p. 295.

(1), il fallait, pour les diverses opérations de la vie juridique, des garants. Or dans la vente à réméré, le débiteur pouvait fournir des cautions. Il y avait dans toute vente des auxiliaires qui pouvaient en tenir lieu. Pareille ressource était interdite en cas d'hypothèque. Seulement, si la propriété du débiteur venait à être contestée victorieusement, l'obligation demeurerait néanmoins inébranlée, la sûreté seule étant mise en question, tandis que dans la *πρὸς ἐνὶ λόγῳ* le sort de l'obligation était indissolublement lié à celui du gage. — Disons tout de suite que l'avantage de la vente à réméré est loin d'être évident. N'est-ce pas au contraire le propre d'une bonne garantie d'offrir une certaine élasticité et de ne pas compromettre dans sa ruine éventuelle l'existence de l'obligation qu'elle garantit? Mais surtout, la différence entre les deux modes de sûreté est-elle réelle? Il ne semble pas que l'on puisse faire valoir un seul texte en faveur de la thèse indiquée.

VI. — L'hypothèque se rattache à des origines très lointaines. On sait que Solon se vante dans un de ses poèmes d'avoir supprimé les *ῥῆσι* (2). Et il n'y a aucune raison de penser qu'il ne s'agissait pas d'*ῥῆσι* hypothécaires. Telle est de fait l'explication généralement admise (3). Certains ont pensé toutefois que ce mot désignait les emblèmes destinés à certifier les droits du maître au regard des tenanciers ou *thètes* qui cultivaient le sol en payant une redevance à l'eupatride (4). On prétend que le système classique n'explique pas la longue disparition des *ῥῆσι* après Solon. Les *ῥῆσι* que

(1) Dans les opérations impliquant transfert de propriété, le titre en vertu duquel l'aliénateur possède est presque toujours indiqué. — Cf. *Inscr. d'Amorgos* (*Athen. Mitth.*, I, p. 345), où il est relaté qu'un fonds qui n'est pourtant vendu qu'à réméré est entré par héritage dans le patrimoine de celui qui transfère sous condition résolutoire. — Un autre fonds qui fait l'objet d'une opération analogue est noté comme acquis par droit de gage.

(2) Solon, *Fragm.* 36 ed. Bergk. — Cf. Aristote, *Const. d'Ath.*, XII.

(3) En ce sens Guiraud, p. 105. — Schomann, *Antiquités grecques*, traduites par Galuski, 1882, I, p. 377. — Boeckh, *Die Staatsaushaltung der Athener*, 3^e éd. 1886, I, p. 162. — Hermann-Talheim, *op. cit.*, p. 104. — Martin, *Les Cavaliers Athéniens*, 1886, p. 49; — *D. H. R.*, I, p. 121. — Lécivain, (*Daremberg et Saglio*, v^o *Eupatrides*. Talheim, v^o *Horos* (Pauly-Wissowa, *Realencyclopädie*, 1892, sqq.))

(4) Beauchet, pp. 193-194, suivi par Caillemet, v^o *Horos* (*Daremberg et Saglio*). — Cf. Gilliard, *Quelques réformes de Solon*, 1907, pp. 135 sqq.

nous possédons ne remontent pas au-delà de la guerre du Péloponèse (1). Mais ne peut-on répondre en invoquant l'impopularité qui sans doute atteignit après Solon l'institution des *ἑφοί* ? A l'époque où Solon avait supprimé les enseignes hypothécaires, c'est une véritable servitude qui pesait sur le sol attique. La réforme accomplie, il est naturel que le sentiment public ait, pendant un certain temps, empêché l'érection de nouveaux *ἑφοί*, peut-être même tenu en échec l'institution hypothécaire elle-même. Mais les nécessités économiques furent les plus fortes, et un retour se manifesta, soit vers la garantie abandonnée, soit vers une publicité nouvelle de cette même garantie. — Quant à ajouter, comme on le fait, qu'à l'époque de Solon la terre appartenait au *γένος* et que l'hypothèque est inconciliable avec un régime de propriété collective, c'est préjuger une grave question. On a dit que la terre, propriété du *γένος*, ne pouvait servir de gage à la dette personnelle d'un homme. Mais quid de la dette collective du groupe même titulaire de la propriété ? D'ailleurs nous possédons des textes qui mentionnent au moins l'hypothèque à une époque pour laquelle nous n'avons pas d'*ἑφοί*. Il en est ainsi pour les statuts de la seconde fédération maritime athénienne, qui défendent aux Athéniens d'acheter terres ou maisons ou de prendre hypothèque sur le territoire des Alliés. C'est donc que dans la première confédération, au *vi*^e siècle, les Athéniens avaient le droit d'acheter, de vendre ou de prendre hypothèque (2). Il serait enfin étrange que, de l'époque de Solon à l'époque des Orateurs, le mot *ἑφοί* eût changé de sens habituel sans que nous fussions avertis de cette transformation par quelque indice. Tout au plus pourrait-on dire avec Lipsius (3) qu'au temps de Solon ce n'est pas seulement l'hypothèque qui opprime le peuple athénien, mais encore et surtout la vente à réméré. Il y a en effet des *ἑφοί* pour les ventes à réméré comme pour les hypothèques proprement dites.

(1) L'âge des *ἑφοί* a été signalé pour la première fois par Koumanoudis (*Ephemeris tôn philomathôn*, n° du 10 oct. 1865).

(2) *D. H. R.*, I, p. 122.

(3) Lipsius, *Das attische Recht und Rechtsverfahren, unter Benutzung des attischen Processes von Meier et Schomann*, II Band, II, Hälfte, 1912 (= Lipsius (*Meier et Schomann*)), p. 693.

VII. — L'hypothèque est susceptible de se combiner avec une garantie personnelle. Nous trouvons divers cas de sûreté hypothécaire accompagnée d'un cautionnement. Sur une inscription de Delphes (1) nous voyons le roi Attale II donner au temple 21.000 drachmes qui seront prêtées à différentes conditions : par exemple, pour chaque prêt, une hypothèque d'une valeur double de la somme prêtée devra être conférée, ainsi que des cautions acceptées par les épimélètes du temple. La seconde loi d'Ephèse nous révèle l'existence de cautions pour les dettes hypothécaires (2). On ne s'adressait sans doute aux cautions que quand les hypothèques étaient insuffisantes (3). Certains ont cru néanmoins qu'en temps ordinaire à Ephèse la caution d'une dette hypothécaire aurait pu être poursuivie pour le tout, que le créancier avait le choix entre la garantie personnelle et la garantie réelle (4). Cette opinion ne repose sur aucun texte. Mais il est déjà assez significatif que, dans l'état d'inachèvement de l'hypothèque, on ait songé à lui adjoindre, même à titre accessoire, le cautionnement.

A l'inverse, l'hypothèque et le cautionnement peuvent, dans la même opération juridique, être conférés à des personnes différentes. Le débiteur donne parfois à la caution un

(1) Dittenberger, *Sylloge*, n° 306. — Cf. Lécrivain, *Le cautionnement dans le droit grec classique*, Mémoires de l'Académie des Sciences, Inscriptions et Belles-Lettres de Toulouse, 1894, pp. 200-225.

(2) II. 41-42.

(3) II. 42-53. Si la valeur de l'immeuble hypothéqué, calculée d'après son état avant la guerre, équivaut à la dette, la caution est déchargée ; dans le cas contraire, la caution reste tenue pour l'excédent comme les cautions de dettes chirographaires, à moins que les intérêts ne se soient accumulés pendant un temps plus long que celui pour lequel la caution s'était engagée dans le contrat primitif ; dans ce dernier cas, la caution n'a pas à payer ces intérêts supplémentaires, sauf si le créancier a ajourné sa réclamation avec l'assentiment de la caution.

(4) D. H. R. I, pp. 44-45. — Cf. une opinion semblable exprimée sous réserves (*In einem solchen Fall ist im Zweifel anzunehmen*) chez Hitzig, p. 145. — L'auteur s'appuie sur la nature du cautionnement en droit grec. La caution ne pourrait se faire mettre hors de cause par un *beneficium excussionis*. — (Cf. Meier, Schermann et Lipsius, p. 707. — Hermann-Talheim, p. 91). — Mais autre chose est le cautionnement fonctionnant seul, autre chose le cautionnement adjoint à l'hypothèque. D'ailleurs le décret de Delphes dit expressément le contraire. Et surtout ceci conduirait à ne voir dans la loi d'Ephèse qu'une disposition dérogatoire au droit commun. Il est bien téméraire, au nom de prétendus principes, de reléguer parmi les cas anormaux le seul exemple explicite que nous possédions. — En notre sens, Partsch, *op. cit.*, pp. 261 sqq.

gage pour garantir le risque qu'elle court. Dans le *contre Apatourios*, l'orateur se porte caution en faveur d'Apatourios auprès d'Héraclide, pour une valeur de trente mines. En même temps Apatourios lui engage un navire au moyen d'une vente à réméré. L'événement futur et incertain auquel est subordonnée la résolution de la vente n'est autre que le paiement par Apatourios des trente mines encaissées (1). Mais la caution s'aperçoit bientôt que le débiteur Apatourios tente de lui soustraire son gage en faisant sortir son navire du port. Elle transfère alors la propriété de ce gage au créancier, ou plutôt à ses ayants cause, car le banquier Héraclide est tombé en faillite. Et par cette opération elle réussit à se dégager de son cautionnement (*ἀπολυθῆναι τῆς ἐγγύης*) (2). En somme nous voyons ici un créancier accepter la substitution d'une garantie réelle à une garantie personnelle. Toutefois la substitution ne semble rien avoir de définitif. En fait il se trouve que la vente du navire produit une somme suffisante pour désintéresser le créancier. Mais Démosthène nous parle du règlement de comptes qui eut lieu entre le créancier et la caution dans des termes tels que, si le prix de vente eût été insuffisant, on peut supposer que la caution eût été néanmoins tenue pour le tout (3). C'est donc bien un véritable cumul de l'hypothèque et du cautionnement qui nous est offert dans ce texte. Bien entendu, l'opération suppose la bonne volonté du créancier.

La supériorité des sûretés réelles sur les sûretés personnelles était déjà sensible aux Grecs, alors que les Romains ne s'en sont jamais pénétrés. Le droit de gage, quelle qu'en soit la forme, est d'un maniement aisé et relativement peu dangereux. Aussi cherche-t-on partout à en faire application. Néanmoins il est trop fragile encore pour n'être pas accompagné de garanties plus directes.

(1) *c. Apatour.* § 8. — Cf. Hitzig, p. 148. — Cf. pour une hypothèse analogue, Isocrate, *Trapez.*, §§ 37-44.

(2) § 11.

(3) « Nous nous donnâmes réciproquement quittance et décharge ». Mais à ce moment, le gage a été transmis, et le prix du navire a déjà été réalisé. Si la caution ne continuait pas à être tenue subsidiairement en tant que caution, il n'y aurait plus, semble-t-il, aucune question à trancher entre le patrimoine d'Héraclide et l'orateur, à moins peut-être que ce ne fût celle, toute négative dans l'espèce, du règlement de l'ἑλλείπον ou de l'ὑπεροχή. Mais elle serait sans doute explicitement formulée.

CHAPITRE III

Nature de l'hypothèque

La question posée par ce titre peut se formuler ainsi : Existe-t-il entre l'hypothèque des anciens Grecs et la nôtre une commune mesure ? Quelle que soit l'origine de cette institution, est-elle parvenue à un état voisin de notre sûreté hypothécaire actuelle ?

I. — Dans une première phase, hypothétique comme nous l'avons vu, l'hypothèque grecque fonctionnerait à peu près comme une promesse éventuelle de dation en paiement. A l'échéance, le créancier, faute de paiement, acquiert automatiquement la propriété du gage. Il y a entre l'hypothèque et la *πράσις ἐπὶ λύσει* cette première différence que le transfert de la propriété se trouve retardé jusqu'à une date éloignée. Mais, au cas où la valeur de l'immeuble hypothéqué n'était pas strictement égale au montant de la somme empruntée, n'y avait-il pas lieu à règlement ultérieur ? Si cette valeur est moins élevée, le créancier conserve-t-il le droit de se faire payer le surplus ? Si elle est plus élevée, doit-il restitution de l'excédent perçu ? La question est grave, car, si nul règlement n'intervient, constituer une hypothèque n'est pas à proprement parler conférer une sûreté : c'est plutôt fixer une sorte de clause pénale dont l'objet se trouve être une maison ou un fonds de terre. Au cas où le créancier, insuffisamment payé par la propriété de l'immeuble engagé, recevrait une compensation, nous verrions apparaître l'idée de l'hypothèque garantie accessoire : enfin, dans ce dernier cas, se dessinerait quelque chose qui n'est pas encore sans doute une *distractio pignoris*, mais qui en tient déjà la place, tout se passant comme si l'immeuble était vendu en justice (1).

(1) Ce point a été très discuté. Remarquons qu'il est possible de dissocier le problème de l'ἐλλείπον et celui de l'ὑπεροχή. — Beauchet (p. 275), résout les deux questions par la négative. — Cf. sur ce point Dareste, *N. R. H.*, 1877,

En ce qui concerne l'excédent possible de l'hypothèque par rapport au gage, un texte est particulièrement net : c'est le plaidoyer contre Aphobos, où il est dit que l'excédent de valeur des biens hypothéqués n'appartient pas aux créanciers hypothécaires (1). Quant aux difficultés relatives à l'ἐλλείπον, il semble que la solution en soit a fortiori indiquée. Détacher l'hypothèque de l'obligation qu'elle garantit

p. 172, Rustel, *Nouv. Rech.*, p. 144; Guiraud, p. 289, *D. H. R.*, I, p. 43; Hitzig, pp. 85 sqq. — En sens contraire, au moins pour le second problème, Platner, *Process*, II, p. 307; Meier, Schomann et Lipsius, pp. 695-696; Dareste, *Plaid. civ.*, I, p. 92, n° 2. — Il y a deux parts à faire dans les arguments invoqués. On met parfois en valeur les vraisemblances logiques en prenant pour point de départ une conception *a priori* de l'hypothèque, que l'on veut à toute force ramener à la vente à réméré envisagée comme une compensation forfaitaire. (Beauchet, p. 276). C'est résoudre la question par la question. Toutefois des textes ont été également invoqués, et notamment ceux des plaidoyers où l'on semble voir que le consentement du premier créancier hypothécaire est nécessaire pour la validité d'une hypothèque postérieure (Beauchet, p. 276; Hitzig, p. 85, cf. *infra*, sect. III, chap. I). Si le créancier, dit-on, ne pouvait réclamer le fonds hypothéqué, soit en nature, soit en valeur, que jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû, cette nécessité ne se comprendrait pas. L'inscription d'Amorgos (*Athen. Mitth.*, I, p. 348) a été exploitée dans le même sens. — Mais le premier créancier hypothécaire ne pouvait être indifférent à l'adjonction d'un nouveau créancier. Le règlement de l'*hyperocha* entre l'hypothécaire et le débiteur était une opération simple. Il n'en va plus de même si un tiers intervient, et des contestations sont à craindre, le tiers réduit à une sorte de privilège sur la somme d'argent remise au débiteur, étant naturellement porté à soupçonner le débiteur et le premier créancier d'une collusion frauduleuse ayant pour but de diminuer l'assiette de ses droits.

(1) *c. Aphob. II*, § 18, ποῦ δ' ἂν τραποῖμεθα εἴ τι ἄλλο φηφίσαισθ' ὑμεῖς περὶ αὐτῶν; εἰς τὰ ὑποκείμενα τοῖς δανείσασιν; ἀλλὰ τῶν ὑποθεμένων ἐστίν. ἀλλ' εἰς τὰ περιόντα αὐτῶν; ἀλλὰ τοῦτου γίγνεται, τὴν ἐπωθελίαν ἐὰν ὄφλωμεν. On a vainement cherché à expliquer ce texte en disant (Hitzig, p. 21) que l'orateur n'a pas engagé tous ses biens. Τὰ περιόντα désigneraient les biens non engagés. Mais le texte ajoute ici un génitif partitif : il dit τὰ περιόντα αὐτῶν et αὐτῶν ne peut renvoyer qu'à τὰ ὑποκείμενα. — Cf. *Mitteis*, *Z. S. S.*, XXX, p. 445. — En revanche Pappulias s'est attaché à démontrer qu'en cas d'ἀποτίμημα il n'y avait lieu à aucune restitution de ce genre. Cf. p. 157 sqq. — Il s'appuie principalement sur Démosthène, *c. Onet. II*, § 6 et sur Isée de *Menecl. hered.*, § 28. — Le premier texte prouve précisément le contraire, à savoir que le bénéficiaire d'un ἀποτίμημα était tenu de rendre le surplus au cas où il n'y avait pas correspondance entre le chiffre de la dette et la valeur du fonds. Σκέψασθε τοῖνον τὴν ἀναίδειαν, ὅς γ' ἐν ὑμῖν ἐτόλμησεν εἰπεῖν, ὡς οὐκ ἀποστερεῖ μ' ὅσω πλείονος ἡξιόν ἐστι ταλάντου. Rien n'autorise à croire qu'il se fût agi d'un acte de bonne volonté d'Onétor. — Ménécclés veut vendre un de ses biens pour rembourser la dette qu'il a contractée envers un mineur. L'adversaire fait opposition à la vente, en prétendant, dit Pappulias, que le bien constitue un ἀποτίμημα du mineur. Ménécclés vend néanmoins une partie du fonds à laquelle l'opposition ne s'étendait pas. Vente inutile, déclare l'auteur, si le mineur bénéficiaire de l'ἀποτίμημα avait dû restituer l'*hyperocha*. Cependant l'orateur en fournit une raison suffisante : les intérêts de la dette menaçaient de ruiner Ménécclés. Nous croyons d'ailleurs que le raisonnement de Pappulias repose sur une fausse interprétation des raisons qui ont motivé l'opposition à la vente. (Cf. *infra*, p. 87 et n. 2).

est après tout une opération élémentaire de logique juridique. N'est-ce pas quelque chose de moins que d'ordonner une restitution partielle de la valeur du gage ? La réalisation du gage est destinée avant tout à satisfaire le créancier. Et la préoccupation des intérêts du débiteur, surtout dans une législation encore primitive, n'a dû venir qu'après.

Faut-il maintenant attribuer au titulaire de l'hypothèque l'obligation de vendre le gage ? On a invoqué en ce sens le *contre Lacrite* (1). Mais il s'agit dans ce texte de dispositions contractuelles vraisemblablement dérogatoires à la pratique courante. Et il est plus probable que le règlement de l'*hyperocha* était un acte privé.

En tout cas ceux mêmes qui assimilent l'hypothèque à une *datio in solutum* rigoureuse sont obligés de reconnaître que l'hypothèque a été dans la suite soumise à une véritable élaboration, certaines clauses permettant, soit au créancier de réclamer une indemnité au débiteur, soit au débiteur de revendiquer l'excédent de la valeur du gage sur le montant de la dette. Mais ils avouent incertaine l'époque de la transformation.

On a, au moins pour une fraction du territoire de l'Hellade, attribué une importance toute spéciale à la loi d'Ephèse (2). Les premiers interprètes de cette loi ont cru, nous le savons, qu'elle avait pour but d'abroger le droit antérieur d'après lequel la propriété de la totalité du gage était acquise au créancier faute de paiement à l'échéance. Désormais le débiteur pourra se libérer par l'abandon d'une portion de son immeuble équivalente au montant de sa dette, le fonds ayant été estimé suivant son état et sa valeur avant la guerre. Mais ce partage est institué peut-être beaucoup moins pour obtenir un règlement hypothécaire plus équitable que pour mettre fin à des contestations de propriété. Il serait étrange qu'une réforme si capitale eût été introduite grâce à une loi de circonstance. Après les désastres d'une guerre, on court d'abord au plus pressé. Or

(1) c. *Lacrit.*, § 12. — Cf. *Décret de Delphes* (Dittenberger, *Sylloge*, n° 306).

(2) Beauchet, pp. 277 sqq. — Cf. *B. C. II.*, XIV, p. 451. — *D. H. R.*, I, p. 30.

la plus grande anarchie ne devait-elle pas régner à Ephèse dans les rapports territoriaux au moment où intervint la loi ? A la faveur des événements, des mesures d'exécution avaient pu être réalisées frauduleusement par anticipation. Précisément nous voyons à la ligne 75 que seules les saisies pratiquées avant la guerre seront validées. Par suite, tous les moyens de preuve ayant été réduits, les réclamations les plus contradictoires devaient se faire jour à propos des mêmes fonds, l'un prétendant qu'il en était toujours propriétaire, l'autre affirmant que, faute de paiement à l'échéance, il avait acquis sur ces fonds un droit définitif. On s'en tire par une solution moyenne, en effectuant le partage des biens contestés et en considérant les saisies antérieures à la guerre comme des mesures conservatoires. S'il n'y a pas de réclamation contraire, la mesure conservatoire se transforme automatiquement en acquisition de propriété. Si des réclamations se produisent, un contrôle judiciaire sera imposé. La loi qui cherche à rétablir l'ordre dans la cité ne peut se désintéresser de ces compétitions individuelles (1).

Nous ne croyons donc qu'il y ait lieu de formuler, avec certains critiques modernes (2), le problème de l'hypothèque grecque en disant que le contraste qui domine la matière n'est pas entre le gage dont la propriété s'acquiert à l'échéance et le gage soumis à distraction, mais entre le gage qui n'est qu'un succédané de la créance et le gage qui est une garantie. L'hypothèque grecque, aux époques où nous le connaissons, n'a jamais été le simple succédané d'un droit d'obliga-

(1) Il nous semble donc que le mot *παγιτησία* qui figure l. 78 doit se traduire par « propriété définitive » et non par « propriété intégrale ». Ce mot caractérise une situation bien définie au regard des tiers. L'autre interprétation se référerait, d'après ceux qui la défendent, aux cas où la valeur de l'immeuble dépassait le montant de la dette, et où, par suite, le créancier devait restituer une différence au débiteur. Les auteurs supposent qu'à Ephèse, même avant la loi en question, les droits du créancier sur l'immeuble hypothéqué étaient souvent réduits par convention au montant de sa créance. Des contestations pouvaient alors s'élever relativement à l'excédent de valeur de l'immeuble, entre le créancier et le débiteur. La loi d'Ephèse, tout en dérogeant au droit commun, n'aurait fait que généraliser des pratiques individuelles antérieures. — Selon Partsch au contraire (*op. cit.*, p. 263 sqq), la loi d'Ephèse ne fait que tirer les conséquences d'un *moratorium* antérieurement intervenu.

(2) Cf. Leo Rappe, *op. cit.*, p. 1.

tion (1). L'idée de garantie, la préoccupation d'un juste équilibre s'y est toujours nettement dessinée. La question importante nous paraît encore être celle de l'apparition de la *distractio pignoris*.

Que l'hypothèque hellénique ait revêtu la forme d'un gage dont la propriété s'acquiert à l'échéance, c'est ce qui est surabondamment prouvé par les textes. Non seulement certains d'entre eux nous montrent le pacte commissaire en vigueur dans des contrats (ainsi en est-il du *contre Lacrite*. Mais dans aucun texte il ne nous est dit que les mêmes effets ne pouvaient s'attacher qu'à des conventions. Et des plaidoyers comme le *contre Spoudias*, le *contre Onelor*, où le plaidoyer d'Isée sur la succession de Ménécclés nous donnent l'impression très nette que la perte du gage par l'arrivée de l'échéance était au contraire l'effet de la loi. Les discours reflètent le droit commun et non de volontaires anomalies. On peut encore invoquer à cet égard l'inscription d'Amorgos. Si la *distractio pignoris* était déjà organisée, comment s'expliquerait la rédaction de ce texte ? (2).

Malgré ce caractère du gage, les secondes hypothèques sont possibles. Elles ne constituent sans doute qu'une garantie précaire, puisque le second créancier n'obtiendra une satisfaction que si le premier a déjà reçu le paiement de sa créance. Néanmoins aucune impossibilité théorique ne s'oppose à leur réalisation (3). Elles sont en général plutôt

(1) Cf. Pappulias, p. 162. — Cet auteur, qui soutient pour l'époque des Orateurs un point de vue analogue au nôtre, pense pouvoir prouver qu'à l'origine l'hypothèque n'était pas autre chose qu'une prestation éventuelle de remplacement. Cela ressort pour lui de la loi de Gortyne (X, 25), qui fait défense de vendre un homme engagé ou de le charger de secondes hypothèques. Cet argument ne nous semble pas convaincant. Cf. *supra*, p. 30 n. 3. On peut même se demander si l'auteur ne suppose pas gratuitement que la législation gortynienne connaît une forme, même rudimentaire, d'hypothèque. Les expressions employées par la loi font-elles allusion à l'hypothèque ou simplement au gage ? C'est ce qu'il est malaisé de déterminer. Sans doute nous avons vu que l'homme engagé pour dettes n'est pas assimilable à un esclave. On pourrait donc dire que, la propriété du gage étant différée, on se trouve bien en présence d'une hypothèque. Mais nous ne savons s'il n'était pas soumis à certaines obligations, s'il n'était pas par exemple censitaire.

(2) Dittenberger, *Sylloge*, n° 831.

(3) Pappulias (p. 158) voit bien à tort des difficultés dans les secondes hypothèques, au moins en ce qui concerne l'ἀποτίμημα. Dans l'ἔρος n° 10 du *Recueil*, il croit que c'est cette seconde hypothèque portant sur l'hyperocha de la première qui explique l'absence du terme ordinaire ἀποτίμημα. Les secondes hypothèques

rares, il est vrai; mais nous en avons des exemples, et nous savons qu'elles étaient pratiquées à Ephèse.

Il n'est pas douteux que le gage qui ne serait qu'une satisfaction forfaitaire offrirait des inconvénients multiples. On a cherché à montrer comment la pratique avait réussi à les tourner. Des clauses auraient été établies qui impliquaient une responsabilité, soit du débiteur lui-même, soit d'un tiers, pour la quotité dont l'hypothèque se trouvait en défaut. Ces clauses, le créancier les aurait dictées d'autorité au débiteur, ou bien en exploitant les embarras de sa situation, ou bien parce qu'il trouvait dans l'aléa du contrat un juste motif d'exigence (par exemple en cas de prêt à la grosse aventure). D'autres fois, à côté de la responsabilité pour ἑλλείπον on verrait apparaître l'obligation du créancier à restituer l'*hyperocha*. — La plus grande réserve s'impose en ce qui concerne le sens et la marche de cette évolution (1). En tout cas, ce que nous ne voyons point apparaître, c'est l'idée d'une vente du gage privé. — Malgré tout, il ne serait pas exact de dire que dans les plaidoyers de Démosthène l'hypothèque ne joue pas le rôle d'une sûreté. Il n'y a du reste entre l'idée de satisfaction et l'idée de sûreté aucune antithèse. L'hypothèque est, pour le premier créancier hypothécaire, une sûreté dans la mesure où la clause

supposent à l'en croire que le créancier est astreint à la restitution de l'*hyperocha*, tandis que, dans l'ἀποτίμημα, il reste propriétaire du tout. Il y aurait par suite incompatibilité entre les deux institutions. — Mais l'omission du mot ἀποτίμημα est peut-être fortuite. En tout cas elle ne paraît guère reposer sur des raisons de ce genre. Remarquons tout d'abord qu'autre chose est parler des secondes hypothèques, autre chose parler de l'*hyperocha*. D'autre part ce n'est point parce que l'ἀποτίμημα est un gage de compensation qu'il est incompatible avec les secondes hypothèques; ce serait plutôt parce qu'il est un gage estimé, dont l'équivalence avec la dette garantie a fait l'objet d'une constatation régulière. Par suite, il existe, en cas d'ἀποτίμημα, un danger particulièrement accentué que l'objet hypothéqué ne tombe, au lieu et place du remboursement, dans le patrimoine du créancier, sans qu'il y ait lieu à des restitutions ultérieures. En conséquence, la précarité des secondes hypothèques était plus grande encore. Venir comme créancier hypothécaire après un mineur est d'ailleurs toujours dangereux, parce que les mineurs sont plus exposés que d'autres à devenir titulaires de créances pour exactions pratiquées à leur égard. Enfin l'absence occasionnelle du mot ἀποτίμημα peut s'expliquer par des raisons beaucoup moins juridiques. Ne fait-on pas sur la pierre des inscriptions une économie de mots? Or le terme ὑπόκειται se rencontre ici et peut à lui seul suffire.

(1) Il semble que l'on se soit trop souvenu ici des tentatives grâce auxquelles les Romains rompirent les entraves du formalisme primitif et enrichirent leurs conceptions juridiques.

pénale d'un contrat peut l'être. Elle est pour le second créancier hypothécaire une sûreté éventuelle et indirecte, qui ne lui bénéficiera que si certaines conditions viennent à se réaliser. Mais de toute façon la valeur de la satisfaction hypothécaire tend à coïncider avec le montant exact de la dette. C'est cette même tendance que nous avons vue affirmée dans la loi d'Ephèse. Il est vraisemblable que le créancier conservait l'excédent en propriété, quitte à fournir une indemnité au débiteur lésé (1).

Le créancier hypothécaire, s'il ne détient pas la chose a sur elle l'emprise qui résulte d'une propriété virtuelle. C'est ce qu'exprime en termes énergiques Démosthène : « Où trouverions-nous des ressources si vous en décidiez autrement ? Est-ce dans les biens qui servent de gage à nos emprunts ? Mais ils appartiennent aux créanciers hypothécaires » (2).

II. — L'attitude que nous avons adoptée dans ce débat nous conduit à des solutions intermédiaires. D'une part nous ne pouvons ramener l'hypothèque à des modalités étrangères à sa nature. Mais à l'inverse le développement de l'hypothèque ne nous paraît avoir été en Grèce ni aussi rapide ni aussi complet que certains l'ont prétendu. Nous maintenons que le droit hypothécaire en Grèce, bien que se présentant sous la forme d'un droit de propriété, équivalait à un droit de gage et ne tenait pas lieu d'une indemnité forfaitaire. L'hypothèque grecque n'est pas aux antipodes de

(1) Cf. le texte connu sous le nom de *Première loi d'Ephèse*. Qu'est-il dit à la ligne 36 ? Que les obligations contractées envers les temples sont anéanties. Exception est faite seulement en faveur des créanciers hypothécaires. Or, étant donné le caractère radical et draconien de la loi, on peut se demander pourquoi ce traitement de faveur, dans un texte qui va jusqu'à suspendre le cours des intérêts. C'est que, le gage *appartenant* en principe au créancier, les rédacteurs considèrent qu'il y aurait injustice à le lui soustraire.

(2) *c. Aphob. II*, § 18. Le mot appartenir ne figure sans doute ici que pour renforcer l'effet dramatique. Mais son emploi marque bien le caractère original de l'hypothèque grecque. — Cf. *c. Onet. I*, § 8. « Il prétendit que sa sœur était divorcée, qu'il avait payé la dot et qu'à défaut de remboursement il avait une hypothèque sur la terre ». Le *c. Spoudias*, § 7, nous montre l'hypothèque s'appliquant directement à la dette et éteignant toute contestation ultérieure. Les expressions employées sont si caractéristiques qu'on ne sait plus à quoi se rapporte le mot ἀποτιμᾶσθαι, à l'objet engagé ou à la dette elle-même : « τὸν νόμον ὃς οὐκ ἐξ διαρρήδην, ἥσα τις ἀπετίμησεν, εἶναι δίκας ».

l'hypothèque romaine. Néanmoins, même dans son état le plus récent elle est loin de nous offrir le tableau d'une organisation analogue à celle de la nôtre (1). — A l'heure actuelle nous ne séparons pas le droit hypothécaire de l'idée de droit de préférence ni de l'idée du droit de suite. Voyons dans quelle mesure l'hypothèque grecque conférait ces prérogatives.

Il faut distinguer le privilège des créances hypothécaires par rapport aux autres créances et les privilèges qu'elles ont les unes par rapport aux autres. Sur le premier point, le droit de préférence est plus marqué peut-être dans le droit grec que dans les législations modernes. En effet, la constitution d'hypothèque implique chez le Grec désignation d'un bien sur lequel le droit de propriété du créancier est établi sous condition suspensive. Disposer de ce bien au profit d'un tiers, en diminuer la valeur ou le détruire, c'est attenter non pas seulement à son gage mais à sa chose. D'où le caractère particulièrement odieux que revêtait aux yeux des Grecs la soustraction frauduleuse des biens hypothéqués. Témoin le *contre Apalourios*. Ajoutons que les créances hypothécaires n'étaient jamais primées par des créances dites privilégiées. Le droit grec n'a rien connu d'analogue à nos privilèges généraux. Et quant aux privilèges spéciaux les textes ne nous indiquent rien de certain (2). En tout cas aucun conflit ne nous est révélé qui permette d'assigner à l'hypothèque le second rang.

Le rang des hypothèques entre elles est déterminé par leur date. Et la date qui fait loi n'est pas ici celle de l'inscription, mais celle du contrat constitutif, — seule solution en harmonie avec les principes d'un droit non solennel. — Faut-il croire que cette règle, dont la mise en pratique d'ail-

(1) Cf. sur tout ceci Dareste, *Notes sur l'hypothèque en droit grec*, N. R. H., 1908, pp. 639-649. L'auteur réagit d'une manière inattendue comme des théories qu'il avait plus que personne contribué à faire naître. Après avoir maintes fois affirmé que l'hypothèque est issue de la *πρᾶσις ἐπὶ λύσει*, il proclame dans cet article qu'elle n'est pas différente au fond de l'hypothèque romaine. Nous croyons qu'il va trop loin.

(2) c. *Timoth.*, § 34 et note de Dareste (*Plaid. civ.*, II, p. 230). Le privilège à raison des frais faits pour la conservation de la chose que Dareste veut voir dans ce texte est plutôt en l'espèce un droit de gage pur et simple. Ce privilège est en effet subordonné à la condition d'une détention effective.

leurs devait être assez malaisée, recevait parfois des entorses, admises par la loi ou les mœurs? Le droit grec, s'il n'a pas connu les privilèges, aurait-il connu les hypothèques privilégiées? Un texte tendrait à nous le faire croire : c'est une inscription trouvée à Minoa, dans l'île d'Amorgos (1). Il s'agit d'un temple d'Héra à l'usage des colons samiens immigrés à Minoa et devenu, comme la plupart des temples grecs, une sorte de banque nationale qui prêtait sur hypothèque. Les noms des emprunteurs, le chiffre de la dette de chacun, l'engagement de la caution et la mention de l'hypothèque fournie faisaient l'objet d'une inscription sur les montants de la porte du temple. Lorsqu'un débiteur se libérait du capital de sa dette, toutes ces inscriptions étaient effacées. Les sommes ainsi recouvrées appartenaient d'abord à la déesse et ensuite aux autres créanciers. Mais la fin de l'inscription est mutilée et ne peut indiquer comment s'opérait le recouvrement. — En tout cas le texte manque de netteté; et l'on serait même tenter d'y voir plutôt une simple interdiction de prêter autrement que sur première hypothèque, disposition qui rappellerait le régime de notre Crédit Foncier (art. 6 du décret du 28 février 1852). — On a prétendu de même, sur la foi d'un texte de Pline, que les créances des villes étaient privilégiées. De là viendrait, a-t-on dit, le privilège du fisc introduit dans le droit romain au II^e siècle de l'Empire (2). Mais la lettre de Pline et la réponse de Trajan montrent au contraire que le privilège n'était pas en vigueur partout; et surtout, Pline semble en attribuer l'initiative à ses prédécesseurs plus qu'à des usages locaux (3). — Quant à un privilège en faveur de l'hypothèque de la femme mariée, il ne peut pas se soutenir davantage. On a argumenté parfois du fait que le nom de l'archonte ne se rencontre pas toujours sur les *όφρσι* (4). Mais ce ne sont pas les

(1) Michel, *Rec.* n° 713.

(2) *D.*, XLII, 5, 38. *Respublica creditrix omnibus chirographariis creditoribus praeferitur.* — Cf. Dareste, *art. cit.*, pp. 640 sqq.

(3) Pline, *Epist. ad Traj.*, 108-109. — « Ego inveni a plerisque proconsulibus concessam iis protopraxian, camque pro lege valuisse... ».

(4) Caillemet, *La restitution de la dot* (*Et. sur les antiq. jurid. d'Ath.*, fascicule 5, p. 37). — On a invoqué aussi un passage de l'*Etymologicum Magnum* (340, 37 sqq.) où il est question des reprises exercées par la femme et les prê-

ῥῆσι qui font preuve au point de vue de la règle *prior tempore potior jure*. En réalité l'hypothèque de la femme datait normalement du jour du mariage et devait s'incliner devant les hypothèques constituées antérieurement (1).

Au point de vue du droit de suite, l'hypothèque, en Grèce comme de nos jours, était considérée comme une charge grevant un fonds. A quelques aliénations successives que fût soumis ce fonds, la charge ne disparaissait pas. On trouve parfois dans des ventes d'immeubles cette assertion, émanant du vendeur, que les fonds ne doivent rien (2). Le vendeur ou emprunteur était mis expressément en demeure de déclarer que l'immeuble était franc et libre de toute dette. Peut-être s'engageait-il par convention expresse à ne consentir à l'avenir ni une aliénation ni une autre hypothèque (3). Une pareille convention, sans être nécessaire pour créer le droit de suite, évitait la complication résultant d'un concours d'hypothèques. Ce concours était en effet beaucoup moins aisé à régler que dans nos législations modernes. Car, pour l'application de la règle *prior tempore prior jure*, dont le principe ne faisait pas doute, on ne pouvait guère se référer à des indices irréfragables. L'hypothèque dans le droit grec ne pouvait avoir date certaine. En principe donc le créancier hypothécaire devait diriger sa poursuite principale contre le détenteur du terrain hypothéqué, sauf le recours de celui-ci contre son auteur. C'est ce que prescrit l'inscription de Minoa : καὶ πρακτοὶ ἔστωσαν αἱ οἱ ἔχοντες καὶ νεμόμενοι τὰ ἐνέχυρα τὰ ὑποκείμενα. (4) Le tiers détenteur n'était d'ailleurs tenu que *propter rem*, à moins qu'il ne se trouvât en même temps ayant cause à titre universel du débiteur pri-

teurs sur les biens confisqués d'un individu. Mais on a imaginé à tort que le texte établissait un ordre entre ces reprises. Le texte porte simplement : ἐξῆν δὲ τῇ γυναικὶ πρῶτον τὴν ὀφειλομένην προῖκα ζητεῖν καὶ τῷ δανειστῇ τὸ ὄφλημα. On ne sait pourquoi beaucoup de critiques se sont acharnés à écrire καὶ ἔπειτα τῷ δανειστῇ.

(1) En ce sens Cauvet, *De l'organisation de la famille à Athènes, Revue de Législation*, 1845, p. 129. — Cf. Démosthène, *c. Onet*, I, § 7.

(2) *C. I. Gr. Pelopon.*, 659 : οὐδὲν ὀφειλοῦσιν οὔτε ὁ κῆπος οὔτε ἡ οἰκία κατ' οὐδέναν τρόπον. — Cf. au sujet des précautions en cas de vente Démosthène, *c. Phen.*, §§ 5 et 28. — *c. Timoth.*, §§ 11 et 12.

(3) Il y a toutefois quelque chose d'arbitraire dans les affirmations de Dareste (*loc. cit.*) à ce sujet.

(4) Michel, *Rec.*, n° 713.

mitif, ou simplement qu'il ne fût devenu son cessionnaire (1).

La question de la réalisation du droit hypothécaire est le problème capital. On sait que la procédure caractéristique de cette phase reçoit dans les textes le nom d'ἐνυπόθεσις ou d'ἐνυπόθευσις. Mais quels étaient les effets de l'ἐνυπόθευσις? Conférait-elle la propriété ou n'était-elle qu'une saisie possessoire? Etant donné ce que nous savons des caractères de l'hypothèque, la première hypothèse est dès maintenant la plus vraisemblable. L'objet engagé tombe automatiquement à l'échéance dans le patrimoine du créancier. Certains pourtant ont voulu distinguer à cet égard entre la πρῶσις ἐπὶ λόγῳ et l'hypothèque proprement dite qui d'après eux devait suivre les règles normales du gage. D'autres sont allés plus loin et l'ont nié pour l'une comme pour l'autre institution. Or s'étonne de trouver parmi eux Dareste. La vente, en droit grec, est bien d'après lui une aliénation, et par conséquent implique transfert de propriété. Mais la vente à réméré s'inspirerait de principes différents. Il croit que la vente, en cas de πρῶσις ἐπὶ λόγῳ, n'est qu'une forme accessoire, et que l'opération ne diffère pas d'un emprunt à intérêts ordinaires. La constitution d'hypothèque ne rendrait pas le créancier propriétaire. Elle lui conférerait seulement le droit de saisir et de conduire la procédure d'exécution comme procureur du débiteur. — Il peut paraître étrange que, si la vente à réméré n'est qu'en apparence une vente, la langue juridique ne le révèle en aucune manière. Comment expliquera-t-on pareille fiction? Quant aux exemples invoqués par Dareste ils ne

(1) Dareste (*art. cit.* p. 641) ajoute : « Toutefois l'interdiction d'aliéner ou de créer une nouvelle hypothèque pouvait être supprimée ou limitée par une convention contraire. Puisque le débiteur n'était tenu que jusqu'à concurrence de sa dette, il pouvait rester après la liquidation une somme libre et le débiteur pouvait faire de cet excédent prévu l'objet d'une seconde hypothèque ». Mais tout d'abord nous ne croyons pas qu'une convention spéciale ait été à cet égard nécessaire ni même utile. La clause opposée n'était en effet qu'une sûreté supplémentaire et d'ailleurs peu efficace exigée du créancier dans certains cas ; elle n'était nullement indispensable pour qu'il y eût hypothèque. Et l'on ne voit pas pourquoi la réserve dont nous parlons ferait l'objet d'une stipulation expresse, cette stipulation n'ayant pas même l'ombre d'une raison d'être. — En second lieu, et nous nous expliquerons à loisir sur ce point, nous ne croyons pas que les secondes hypothèques aient porté simplement sur l'*hyperocha*. Elles portent d'après nous sur l'immeuble entier comme les premières. Seulement ce sont des hypothèques subsidiaires.

peuvent rien avoir de concluant, car ils se réfèrent à des stipulations relatives à l'*hyperocha*. Or la restitution de l'*hyperocha* ne suppose en aucune manière une vente. Ainsi en est-il pour le décret du Sénat et du peuple de Delphes portant acceptation de l'offrande faite au Dieu de Delphes par le roi de Pergame Attale II. Il invoque encore un texte d'Egialé dans l'île d'Amorgos, où un citoyen fait à la ville une donation de 2000 dr. pour une fondation en l'honneur de son fils Aleximachos. Le capital sera placé sur hypothèques de 200 dr. au moins au taux de 10 0/0. Chaque hypothèque sera inscrite par le greffier *εις τὰ δημόσια γράμματα* comme rente perpétuelle non remboursable. L'intérêt sera rigoureusement exigé au terme annuel et la créance hypothécaire sera mise en adjudication. Si le prix de l'adjudication dépasse la dette initiale augmentée de la moitié en sus, l'excédent sera remis au débiteur originaire, l'hypothèque inscrite subsistant à la charge du nouveau débiteur. — Mais qui ne voit qu'il s'agit là de procédés exceptionnels, en faveur de créances qui mettent en jeu autre chose que des intérêts privés? N'est-il pas étonnant que l'on soit contraint de stipuler le droit de vente, si ce droit de vente est général pour des créances du même ordre? Enfin, ce n'est pas l'objet hypothéqué qui est mis en adjudication, mais la créance hypothécaire. Il y a là un procédé plus rapide de recouvrement, et rien de plus (1).

En revanche, pour une époque postérieure, certains textes semblent manifester que la *distractio pignoris* a fait son apparition. Proclus le rhéteur, arrivant de Naucratis en Egypte, apprend en débarquant au Pirée que la maison d'un de ses amis est mise en vente sur l'agora, pour une somme de 10.000 dr., montant d'une hypothèque qui grève cette maison. Proclus envoie immédiatement les 10.000 dr. à son ami et lui fait dire : « Libère ta maison pour que je ne te voie pas ruiné ». Ce passage a été interprété diversement. Hitzig et Beauchet ont cru pouvoir l'écarter. Sans doute, disent-ils, la maison est mise en vente pour 10.000 dr., mais

(1) B. C. H., V, p. 165.

(2) Philostrate, Βίοι σοφιστῶν, II, 603. — Hitzig, p. 91; Beauchet, p. 279. — Dareste, *art. cit.*, p. 648.

rien ne prouve que le créancier ait dû se borner à prélever les 10.000 dr. sur le prix et que le produit total de la vente ne lui ait pas été attribué. Mais cet argument n'emporte pas conviction, car, ainsi que le remarque justement Dareste, si le créancier pouvait garder la maison tout entière, quelle qu'en fût la valeur, pourquoi la mettait-il en vente aux enchères et s'exposait-il ainsi à recevoir moins de 10.000 dr. si l'enchère ne produisait pas cette somme? Proclus savait bien qu'en envoyant 10.000 dr. à son ami, il éteignait la dette de celui-ci et le faisait rentrer en possession de la maison dont il était expulsé (1). — En tout cas, nous sommes déjà au ^{II}^e siècle, et l'on peut se demander si à cette époque la pratique romaine n'avait pas déteint sur le droit hellénique. Ce dernier, laissé à lui-même, serait-il parvenu à organiser la *distractio pignoris*? Il y a à cet égard des doutes sérieux.

III. — Toutefois, si la réalisation du gage hypothécaire paraît s'être faite la plupart du temps comme un acte privé, sans distraction en justice, en revanche, il est un caractère fondamental de notre hypothèque qui est vrai aussi de celle des Grecs : l'indivisibilité. L'immeuble hypothéqué répond toujours de la totalité de la dette et chaque fraction de l'immeuble en répond elle aussi. L'action hypothécaire ne se divise pas comme l'action personnelle entre les héritiers d'une même succession. En somme l'hypothèque est indivisible parce que constituer une hypothèque c'est établir une sûreté accessoire. Dès lors qu'importe que la dette se trouve divisée entre plusieurs ayants cause du débiteur originaire, ou encore qu'elle ait fait l'objet d'un paiement partiel? Le sort de l'hypothèque n'est pas lié au sort de la dette. Toutefois, en cas de paiement à compte, le débiteur doit avoir le droit de faire modifier l'enseigne hypothécaire apposée sur son immeuble et de faire réduire le chiffre de la dette qui y avait été originairement inscrit (2).

Ce qui est vrai de l'hypothèque est vrai du gage qui a la

(1) On pourrait peut-être, il est vrai, imaginer en sens inverse l'explication suivante : le créancier met aux enchères parce qu'il a besoin immédiatement d'argent liquide. Par conséquent il serait disposé à accepter, même après les délais, le paiement de la créance. — En tout cas le texte n'a rien de décisif.

(2) Hitzig, p. 135. — Beauchet, p. 262.

même étendue qu'elle. Toutefois, à la différence de celle-ci, il ne garantirait pas, d'après certains, les intérêts de la créance au moins lorsque l'objet engagé est une chose frugifère, car les fruits ou les revenus qu'il engendre se compensent souvent avec les intérêts (1).

Si même la dette garantie vient à grossir, l'objet du gage ou de l'hypothèque répond de ces accroissements. Ainsi en est-il notamment pour les conséquences d'une faute ou encore de la *mora debitoris* (2).

IV. — Notre droit hypothécaire moderne est dominé par les hypothèques générales. Le droit grec en avait-il admis le principe ?

On s'est parfois appuyé pour démontrer l'existence en Grèce d'une hypothèque générale sur divers passages des Orateurs. On a invoqué le § 7 du *contre Polyclès* où il est dit ὑποθεῖς δὲ τὴν σύσταν τὴν ἐμαυτοῦ. (3) — Remarquons au moins que nous apprenons peu de chose sur l'opération visée dans ce texte. D'abord nous ne savons pas au juste de quelle sorte de gage il peut s'agir. D'autre part nous ignorons s'il est fait allusion à une seule opération juridique ou à plusieurs actes successifs brièvement résumés en une formule unique. — Les Orateurs ne nous fournissent aucune preuve cruciale. Et ce qu'on pourrait dire de plus topique en faveur de la possibilité de certaines hypothèques générales, c'est qu'une pareille mesure portant sur l'ensemble d'un patrimoine ne devait point paraître impossible aux Athéniens qui avaient déjà dans leurs lois une institution comme l'ἑντιόσεις.

(1) Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, 2 vol., 1860, I, p. 75. — Meier, Schomann et Lipsius, p. 696. — Hitzig, pp. 116 et 142. — Beauchet, p. 286. — Cf. *infra*, 1^{re} partie, section III, chap. I.

(2) *Athenaion*, X, p. 536, n° 9, ll. 16-17.

(3) Cf. Platner, II, p. 303. — Dernburg, *Pfandrecht*, I, p. 72. — Dareste, *N. R. H.*, 1885, p. 9. — *D. H. R.*, I, p. 141. — Guiraud, p. 287. — Beauchet, p. 268. — Le § 13 du même discours semble d'ailleurs s'opposer à cette interprétation. Il faut dire la même chose du contrat entre Praxiclès et la ville d'Arkesiné, où nous trouvons une accumulation de garanties, mais d'après lequel on ne peut qu'arbitrairement supposer une hypothèque générale. Il est possible que l'on soit en présence d'une simple clause exécutoire, permettant au créancier de saisir d'office à l'échéance, en cas de non-paiement, les biens du débiteur. Le mot ὑπέθετο ne suffit peut-être pas pour faire croire à une hypothèque (*C. I. Gr.*, 3467. — *Le Bas-Waddington*, 628).

En revanche, à Ténos nous voyons un mari consentir une hypothèque sur tous ses biens pour assurer la restitution de la dot (1). Ici c'est le verbe *ὑποτίθειν* qui est employé : il n'y a donc plus de doute. La femme collabore aux opérations de vente du mari (2).

(1) *C. I. Gr.*, 2338 b.

(2) On argumente quelquefois en faveur de l'hypothèque générale des comptes du temple d'Arkesiné (215 ap. J.-C.) Cf. Wilcken, *Hermes*, XX, pp.430 sqq.
- Quant au texte de la seconde loi d'Ephèse (ll. 53 sqq), il n'est nullement explicite.

SECTION II

SES ÉLÉMENTS

CHAPITRE PREMIER

Sources de l'hypothèque

L'hypothèque, au sens large du mot, peut résulter d'une convention, d'un testament (1) ou d'une saisie pratiquée en exécution d'un jugement.

En revanche nous ne croyons pas qu'elle soit jamais l'effet d'une disposition légale. Le domaine contractuel est dans le droit hellénique plus étendu que chez aucun peuple moderne. L'hypothèque des femmes mariées sur les biens de leurs maris, l'hypothèque des mineurs sur les biens des tuteurs, cas les plus ordinaires d'ὑποτιμήματα se reposaient que sur la coutume. Εὔθετον, nous dit Harpocraton (2). On a invoqué, il est vrai, un passage du *contre Timothée* (3) où l'on a voulu voir la mention d'une hypothèque légale au profit de celui qui a fait des frais pour la conservation de la chose. Mais il s'agit plutôt dans ce texte d'un privilège soumis aux mêmes conditions qu'un gage que d'une hypothèque proprement dite. C'est la qualité de la créance qui est prise en considération.

(1) Exemples dans le c. *Spoudias*. § 6 et dans le *Testament d'Epicteta de Théra* (D. H. R., II, pp. 77 sqq.).

(2) Dareste, *Les inscriptions hypothécaires en Grèce*, p. 7, affirme que le tuteur pouvait être contraint à fournir hypothèque, soit par les parents du mineur, soit par l'archonte. Mais il ne cite aucun texte.

(3) c. *Timoth.*, § 35. — Cf. Dernburg, I, p. 71. — Platner, II, p. 307. — Dareste, *Plaid. civ.*, II, p. 230, n. 20. — Hitzig, p. 66. — Beauchet, p. 236. — Certains ont pensé qu'il s'agissait moins dans ce texte d'un droit réel que d'une *custodia et observantia* (φυλάττειν). Il ne serait pas vraisemblable non plus, a-t-on dit, que l'orateur pût contraindre Philondas à la vente. Si Philondas vend, la chose se comprend très bien, car il a acheté les bois ἐμπορίας ἐνεκα, Dernburg parle d'un droit de rétention que l'on ne distinguait qu'insuffisamment du droit hypothécaire.

En cas de bail, la concordance du droit grec avec le droit romain est limitée à ceci que le bailleur saisit en premier lieu les fruits lorsque le droit d'exécution lui a été contractuellement reconnu (1). On peut encore invoquer contre l'hypothèque légale le *contre Onétor*. Démosthène exige d'Onétor non seulement la preuve de la remise de la dot, mais encore celle d'une constitution d'hypothèque, et parle de celle-ci comme d'une opération particulière et supplémentaire (2).

On a parlé d'une hypothèque légale sur la foi des lignes 53 et suivantes de la seconde loi d'Ephèse, où il est dit que les tuteurs qui détiennent, à quelque titre que ce soit, des sommes appartenant à leurs pupilles et qu'ils ont prises pendant la tutelle, ne pourront invoquer le bénéfice de guerre. Mais que faut-il entendre par le mot *ἐνέχυρον* employé dans ce texte? Il ne semble guère s'agir de la *res pupilli* que le tuteur se trouverait posséder encore en nature; car il est trop clair qu'il ne saurait invoquer le bénéfice de guerre à l'égard d'une semblable créance. Ce qui est visé, ce sont bien plutôt les fautes du tuteur dans l'exercice de la tutelle. Et la fin de la phrase, *τούτωι μὴ κοινὸν εἶναι τὸν πόλεμον*, peut simplement signifier qu'il n'y a pas lieu à évaluation du gage, mesure favorable au débiteur. Mais le gage peut être dans ce paragraphe aussi bien conventionnel que légal; et c'est ce qui arrive aux lignes suivantes (3).

Nous possédons encore un texte bien classique qui a fait supposer l'existence, à Ephèse même, d'une hypothèque légale. Vitruve nous informe (4) qu'aux termes d'une vieille loi, les biens de l'architecte éphésien répondaient des dépenses engagées par lui au-delà des devis arrêtés. « *Obligantur bona* », nous dit Vitruve. Il est bien difficile de voir là un droit de gage, une hypothèque légale. L'architecte est seulement tenu de réparer jusqu'à concurrence de sa propre fortune les écarts financiers dont il s'est rendu coupable. S'il y avait hypothèque, cette hypothèque ne serait pas seulement légale, elle serait encore générale, étant donnée la largeur

(1) Cf. les contrats de louage d'Héraclée (*C. I. Gr. Ital. et Sic.*, 645), d'Aixoné (*C. I. A.*, II, 1055), de Délos, (*B. C. H.*, XIV, p. 433).

(2) *c. Onet. II*, § 8. — Cf. Barrilleau, *B. C. H.*, VII, p. 601.

(3) Cf. Hitzig, p. 65.

(4) Vitruve, X, *prae*f.

des termes employés. Mais alors, comment Vitruve ne nous aurait-il pas dit à quel rang venait cette hypothèque ?

Parmi les sources de l'hypothèque, on place d'ordinaire la prise de gage, ἐνεχυράσις. Il est certain que le gage saisi en exécution d'un jugement rappelle à bien des égards le gage conventionnel. Ce sont au moins les mêmes mots qui servent à désigner l'une et l'autre institution. Il semble donc que le droit grec ait comme notre droit admis que l'hypothèque du sens large peut résulter non seulement d'un accord de volonté mais aussi d'un acte unilatéral. Seulement il est très difficile de savoir quelles étaient les particularités spéciales de l'ἐνεχυράσις. Sans doute, cette opération ressemble beaucoup moins à notre hypothèque judiciaire qu'à la *pignoris capio* du droit romain. Il faut une saisie pour la consommer. On ne se trouve pas en présence d'un droit réel grevant les biens du perdant sans que le gagnant en ait pris possession. Mais quelles prérogatives conférerait ce gage judiciaire ? Les sources ne nous renseignent guère à ce sujet (1). On peut concevoir à la rigueur trois solutions. Dans la première l'ἐνεχυράσις équivaldrait à une ἐμβάτευσις, c'est-à-dire qu'elle procurerait la propriété. Il serait alors inexact de dire qu'elle est la source d'un droit de gage ; c'est au jugement que ce droit se rattacherait. Certains auteurs ont pensé que le résultat correspondrait mieux à tout ce que nous savons du gage grec. Mais on ne peut s'empêcher d'être frappé du privilège exorbitant qu'un jugement de condamnation, obtenu peut-être par surprise, confère alors au poursuivant. Ce dernier va pouvoir en effet s'approprier les biens du débiteur dans une proportion que la quotité de sa créance ne détermine pas, et en les saisissant au gré de ses préférences et de ses fantaisies. — On pourrait aussi reconnaître au créancier qui a pratiqué l'ἐνεχυράσις la situation d'un créancier gagiste ordinaire, qui n'a que la possession. Le gage se réaliserait vraisemblablement ensuite par une vente. Il y aurait en effet injustice criante à ce qu'une compensation ne s'établît pas entre la dette et les valeurs destinées à entrer définitivement dans le patrimoine du créan-

(1) Cf. Hitzig, pp. 99 sqq.

cier. Mais ceci conduisait à admettre un *distractio pignoris* dont nous savons qu'il n'y a pas de trace pour le gage conventionnel du droit privé. Et les deux questions sont peut-être plus liées qu'on ne le pense. — Peut-être aussi la saisie confère-t-elle simplement au créancier un droit de rétention. Elle équivaldrait simplement alors à une mesure coercitive destinée à peser sur la volonté du débiteur pour l'amener au paiement.

CHAPITRE II

La créance garantie

L'hypothèque en Grèce peut garantir des créances de toute nature. « Res hypothecae dari potest pro quacumque obligatione », diront plus tard les Romains. Peu importe que la dette grève le constituant ou un tiers. Une caution peut fournir au créancier une hypothèque comme garantie supplémentaire du paiement de la dette due par le débiteur principal (1). Peu importe que la créance soit pure et simple, ou au contraire conditionnelle (2). Mais l'hypothèque, garantie accessoire, suppose l'existence d'une créance.

I. — Certaines créances devaient être garanties par des hypothèques. Les cités, les dèmes, les temples, et même les associations privées (les éranes notamment) ne prêtaient que contre sûreté réelle. Appliquée en cas de dot, l'hypothèque garantit des créances de nature et d'origine très différentes. Si la dot n'a pas été payée, ou si le montant n'en a été versé que partiellement, l'hypothèque en assurera au bénéfice du mari l'acquittement intégral. A l'inverse, elle peut, une fois la dot délivrée, sanctionner l'obligation du mari à la restituer lors de la dissolution du mariage. Nous trouvons notamment dans les *ῥῆσι* du *Recueil* des exemples de l'une et de l'autre hypothèse. C'est dans une intention protectrice analogue que la coutume rendait obligatoire la constitution d'une hypothèque en cas de *μίσθωσις οἴκου*, de la part de celui qui a pris à bail les biens du pupille (3). Quant aux locations des temples et des communautés, dans un contrat de louage du Pirée (4) nous voyons par exemple

(1) *D. H. R.*, I, p. 116, n° 64 et p. 136.

(2) *Dém., c. Apat.*, §§ 8 sqq. — Cf. Hitzig, p. 148.

(3) *D. H. R.*, I, p. 108, n°s 1-9. L'institution de la *μίσθωσις οἴκου* n'a d'ailleurs pas laissé de traces en dehors de l'Attique.

(4) *C. I. A.*, II, 1059.

que l'on réclame du preneur, si le loyer dépasse dix drachmes, la constitution d'un ὑποθήκη τῆς μισθώσεως ἡπόψεως. Si le contrat est de moindre importance, le preneur fournira seulement une caution (ἐγγυητὴν ἀποδιδόνεσθαι τῇ ἐκαστῇ τῆς μισθώσεως). Les éditeurs du *Recueil* rapportent ces mots à une πράσις ἐπὶ λύσει. C'est invraisemblable, car, comme on l'a remarqué, (1) les charges de la caution seraient trop lourdes; et la garantie fournie par le créancier serait plus énergique dans une petite que dans une grande location. En réalité, et pour s'en tenir à la lettre même du texte, le preneur doit fournir une caution qui soit prête à répondre sur son patrimoine du paiement du loyer (2).

L'hypothèque suivait par ailleurs toutes les modalités de la vie contractuelle. Nous ne parlerons pas ici du prêt qui est le cas le plus ordinaire. Mais elle pouvait notamment servir à garantir le privilège du vendeur lorsque l'acheteur ne payait pas son prix au moment de la vente ou qu'il ne le payait que partiellement 3. Nous en trouvons un exemple intéressant dans le registre des ventes immobilières de Tenos(4. Au § 34 nous voyons en effet qu'Aristonoë a racheté de Chaerelas des fonds situés à Casmeneion. Cette vente est une πράσις ἐπὶ λύσει et elle intervient pour garantir la créance d'Aristonoë sur le prix, quant à la première vente, où Chaerelas avait joué le rôle d'acheteur, elle n'a pas laissé de traces dans le registre, elle est donc antérieure à sa rédaction, et elle a précédé la seconde d'un certain temps. Peut-être l'acheteur avait-il promis de payer à jour déterminé; puis, dans l'impossibilité de s'exécuter, il se fait créditer par le vendeur moyennant la concession d'une garan-

(1) Hitzig, p. 39.

(2) Hitzig, *loc. cit.*, remarque avec raison qu'il ne s'agit pas là d'un contrat définitif de location, mais de la fixation de clauses d'un caractère général et impersonnel. L'expression vague et peu juridique de ἀποδιδόνεσθαι τὰ ἐαυτοῦ fait place dans les contrats eux-mêmes à un droit général d'exécution (C. I. A., II, 565 ll. 13-15). — En tous cas nous ne possédons pas d'exemple certain d'hypothèque en cas de bail conclu entre des particuliers majeurs.

(3) D. H. R., I, p. 116 n^{os} 60-61. L'explication de Dareste a été contestée. Elle semble pourtant la plus naturelle, au moins pour le n^o 61, car le n^o 60 est douteux. Mais il y aurait peut-être lieu de substituer le mot créance au mot privilège. — Cf. sur ce point Hitzig, p. 38.

(4) Cf. Hitzig, p. 36.

tie (1). On peut confronter avec ce texte l'inscription rapportée au *Corpus inscriptionum Graeciae septentrionalis* sous le n° 3376 (2). Hermaeus a acheté une maison à Soson sans en payer le prix. Il est propriétaire (ἔχει τὴν κτῆσιν.) Mais Soson a sur la maison une créance δάνειον ἐπὶ τῇ οἰκίᾳ, c'est-à-dire que la maison lui est engagée pour garantir sa créance sur le prix. Soson doit maintenant recouvrer sa créance et pousser l'acheteur Hermaeus à s'acquitter du prix envers Théon, son créancier.

Le privilège du copartageant fait, si l'on en croit Dareste, l'objet d'une garantie hypothécaire dans plusieurs textes (3). D'autres fois l'hypothèque garantit des obligations de société (4).

Enfin, et ceci est chez les Grecs original, l'hypothèque est susceptible d'assurer des créances de procédure. Le droit romain et notre droit ne connaissent, on le sait, en cette matière, que les sûretés personnelles. Le droit hellénique possède aussi le cautionnement *judicio sistendi causa* et la *cautio judicatum solvi*. Mais une inscription du dème d'Aixoné (5) mentionne en outre un cas d'hypothèque fournie pour garantir l'obligation de ἐμμένειν τῇ διαίτῃ en cas de compromis. Ceci prouve une fois de plus la souplesse de l'institution hypothécaire chez les Grecs. Elle est presque aussi mobile et malléable que les sûretés personnelles, et

(1) Ici par conséquent Chaerelas avait acquis la propriété de l'objet vendu avant d'avoir payé intégralement le prix.

(2) L'inscription est de Chéronée. Nous suivons l'explication d'Hitzig comme la plus vraisemblable.

(3) *D. H. R.*, I, p. 118, n° 66. — *D. H. R.*, I, p. 142. — Cf. Hitzig, p. 46. — Beauchet, p. 199. — Nous pouvons admettre le fait, sous le bénéfice des mêmes observations qu'à propos de la vente. Dans le second des textes invoqués, qui est une inscription de Naxos, plusieurs héritiers se sont partagé une succession, et l'acte de partage a été déposé chez un Naxien de Tiresia. Dans la part de l'un des copartageants se trouvait le droit au bail d'un champ loué au défunt par des éranes. L'obligation de payer les fermages était ainsi mise à la charge de ce copartageant, qui, pour avoir un recours contre les autres, a pris une hypothèque sur leurs biens.

(4) *D. H. R.*, I, p. 36 § 15.

(5) Lolling, *Ath. Mitth.*, IV, pp. 200 sqq. — Cf. Hitzig, p. 47. — Beauchet, p. 200. Les démotes statuent en qualité d'arbitres, et les parties feront le serment suivant : ἐμμένειν οἷς ἂν ψηφίσωνται οἱ δημόται, καὶ ἀποδώσειν... ταυτῶν ἡτα βέβαια ποιήσειν τοῖς δημόταις ὅσοι... ἀποδιδῶσιν ἃ ὀφείλουσιν μῆτε τὰ ἐνέχυρα... ἀνέπαφα ἀνθαποτιθῶσι κ.τ.λ.

elle offre par surcroît des avantages économiques assez marqués.

II. — Toutefois c'est principalement dans le domaine des contrats nautiques que ce peuple de marins devait faire application de l'hypothèque. Presque tous les exemples que nous donnent les plaidoyers sont relatifs à des prêts à la grosse aventure ; et la littérature de seconde main est également très riche à cet égard (1).

Le prêt à la grosse aventure était une convention par laquelle une personne empruntait une somme d'argent pour servir à des opérations maritimes et s'obligeait à la rendre avec un intérêt nautique ou profit, dont le taux était arbitraire. Cet intérêt pouvait être stipulé à tant par mois ou par jour : mais le plus souvent il était d'une somme fixe, plus ou moins considérable suivant que le port visé était plus ou moins difficile à atteindre. La condition à laquelle la restitution était subordonnée était l'arrivée à bon port du navire.

Ces contrats étaient très usités. A notre époque la généralisation de l'assurance maritime les a rendus rares. Mais pour les Grecs ils étaient la seule ressource du commerce maritime. Parfois l'emprunt à la grosse était une opération de nécessité, conclue sous l'empire d'un besoin urgent, par exemple lorsque le navire éprouvait des avaries dans la traversée. D'autres fois le contrat était une spéculation pour les deux parties. On empruntait avant une expédition pour se procurer les marchandises qu'on voulait charger ; on empruntait pour aller acheter en pays étranger avec l'argent emprunté des marchandises que l'on voulait ramener au lieu de départ, ou même, par une combinaison plus compliquée, des marchandises destinées à être vendues dans un autre pays et remplacées par des objets à rapporter au port d'origine.

Dans notre droit, il n'y a pas de prêt à la grosse sans

(1) Cf. Pardessus, *Collection des lois maritimes antérieures au XVIII^e siècle*, 1828, I, pp. 35-53. — De Vries, *De faenoris nautici contractu, jure attico*, 1842. — Dareste, *Du prêt à la grosse chez les Athéniens*, 1867. — Matthiass, *Das faenus nauticum und die geschichtliche Entwicklung der Bodmerei*, 1881. — Sieveking, *das Seedar lehen des Alterthums*, 1893.

affectation. Le gage n'est chez les Grecs que l'accessoire de l'opération; mais il est juste de dire que cet accessoire se rencontre pour ainsi dire toujours (1).

Le prêt maritime des Grecs (ναυτικὸν δάνεισμα ou ἔκδοσις) ne différerait pas en somme du *faenus nauticum* des Romains. On l'a soutenu néanmoins, en invoquant certaines définitions données par les lexicographes, telles que ἐκδοσις, δάνεισμα, ὃ ποιεῖται τις ἐπὶ ναυσὶ καὶ φορτίοις διδόμενον ou encore ναυτικὸν δάνεισμα, ὃ ποιεῖται τις ἐπὶ ὑποθήκῃ τῆς νεώς. Mais les lexicographes ne sont pas des juristes. Et ils ont fort bien pu ici relater une circonstance qui accompagne dans les cas les plus fréquents le prêt maritime. Il semble que les mots « d'habitude », « il arrive d'ordinaire » soient toujours entendus dans leurs laconiques analyses (2). Le plaidoyer contre Polyclès ne prouve-t-il pas au contraire que le prêt maritime était possible sans gage? Apollodore fait à Nicippos un emprunt dont il ne nous est pas dit qu'il soit contracté sur un gage quelconque. C'est gratuitement que l'on a supposé ici une hypothèque des agrès (3).

III. — Quels sont, en ce qui concerne leur quantum, les rapports de l'hypothèque avec la créance garantie? La correspondance est loin d'être toujours rigoureuse. Il arrive bien parfois que le débiteur n'engage ses biens à son créancier que dans la mesure nécessaire pour répondre du chiffre de la dette. Mais parfois aussi il fournit une sûreté plus solide. Quand les Delphiens placèrent l'argent qui leur venait du roi de Pergame, ils voulurent que les terres qui leur seraient hypothéquées eussent une valeur double.

En cas de défaut de paiement à l'échéance, le prêt avait parfois pour conséquence le doublement de la dette. Telle

(1) Cf. Dareste, *op. cit.*, p. 9. — Sieveking, *op. cit.*, p. 20. — Boeckh, *op. cit.*, p. 184. — Büchschütz, *op. cit.*, pp. 486-487.

(2) Certains ont cru parfois que le prêt pouvait encore être conclu, l'affectation ne s'étendant qu'à une partie du voyage. Dans le c. *Phorm.*, il est question d'un prêt fait pour un voyage d'aller et retour, mais avec affectation sur le chargement d'aller seulement. Cf. Dareste, *op. cit.*, p. 9. L'auteur est revenu plus tard sur cette interprétation dans sa traduction de Démosthène, II, p. 310. Cf. *infra*.

(3) c. *Polycl.*, § 17. — Cf. Sieveking, p. 20.

est la condition qui figure dans les actes où les cités d'Orchomène, d'Arkesiné, d'Ægialé et de Minoa d'Armogos figurent comme débitrices (1). Cette clause était de règle pour les créances des personnes publiques (2). Mais nous en trouvons aussi des exemples en cas de prêt maritime (3), comme aussi dans des contrats faits sans garanties réelles (4).

IV. — On a parfois attribué à la condition d'hypothèque un effet très important en ce qui concerne la preuve de la créance qu'elle garantit (5). Et l'on a invoqué à cet effet le *contre Spoudias* (6). En réalité il n'est question dans le *contre Spoudias* que d'une loi qui interdit au débiteur de contester la dette pour laquelle il a donné une garantie hypothécaire, et qui l'interdit non seulement de débiteur lui-même, mais à ses héritiers. Le fait que cette garantie a été constituée équivaut contre le débiteur à une véritable fin de non-recevoir. On remarque qu'il ne saurait être question, à proprement dire, de la force probante de l'hypothèque ; il faut que le créancier soit actionné pour qu'il puisse invoquer à la fois l'existence de la créance et l'existence de l'hypothèque. Et c'est, semble-t-il, pour les besoins du crédit immobilier qu'une pareille présomption a été établie. La loi veut simplement que le droit hypothécaire soit aisément liquidé, qu'il ne grève pas inutilement les fonds.

(1) *D. H. R.*, I, pp. 293 et 335-336.

(2) Cf. en ce qui concerne les créances de l'Etat à Athènes, Andocide, *Sur les mystères*, § 73. — Démosthène, *c. Nééra*, § 7.

(3) Démosthène, *c. Dionys*, § 8.

(4) Démosthène, *c. Nicostr.*, § 10.

(5) Cf. Platner, II, p. 305. — Meier, Schomann et Lipsius, p. 836. — Dareste, *Plaid. civ.*, I. p. 165, n. 4.

(6) *c. Spoud.*, § 7 § 10. — Cf. Hitzig, p. 137.

CHAPITRE III

Objet et assiette de l'hypothèque

Toute chose mobilière ou immobilière, peut en principe faire l'objet d'une hypothèque. Les Grecs n'avaient pas comme les Romains donné toute sa rigueur à la distinction des choses en meubles et immeubles. Et le droit hypothécaire n'était pas chez eux, comme il l'est chez nous, un droit immobilier. D'ailleurs l'hypothèque est, semble-t-il, parallèle à la *πρᾶσις ἐπὶ λύσει*. Or il est bien évident que l'on peut vendre à réméré des meubles aussi bien que des immeubles. Néanmoins ce sont les biens fonciers qui fournissent le plus d'exemples, de même que le gage proprement dit s'applique surtout aux meubles (1).

I. — L'hypothèque du principal entraîne celle de l'accessoire : servitudes actives, immeubles par destination, c'est-à-dire objets mobiliers attachés à un fonds. (2).

Une créance peut-elle être hypothéquée ? Les Romains connaissaient le *pignus nominis*. Le *contre Lacrite* (3) peut faire supposer que pareille institution n'était pas étrangère aux Grecs (4). Toutefois une controverse est née sur ce texte à propos des sommes prêtées, qui l'ont été ἐπὶ τῷ ναύλῳ.

(1) On a parfois prétendu que l'hypothèque en Grèce, au contraire de ce qui avait lieu à Rome, était nécessairement limitée aux immeubles. (Cf. Caillemier, *Crédit foncier*, p. 14). Les raisons sur lesquelles on s'est fondé sont tirées principalement du caractère de la publicité hypothécaire. Il est clair que les *ἔργοι* ne peuvent s'appliquer qu'aux fonds de terre et aux maisons. — Mais la publicité n'est dans tout ceci que l'accessoire, loin qu'elle constitue la condition essentielle de la validité de l'hypothèque.

(2) Démosthène, *c. Onet*. I, § 28. — De même la vente d'un fonds paraît comprendre tous ses accessoires (*lég. de Tenos*, §§ 22, 36, 40, *D. H. R.*, I, pp. 74 sqq.

(3) § 32.

(4) Cf. Platner, II, p. 303. — Boeckh, I, p. 166, n. b. — Hermann-Blümner, *Privataltertümer*, 3^e éd. 1882, p. 459, n. 5. — Dareste, *Prêt à la grosse*, p. 9. — Beauchet, p. 202. — En sens contraire Dernburg, I, p. 32, n. 26 ; de Vries, p. 41 ; Lipsius (*Meier et Schomann*) p. 691, n. 580. — Hitzig, p. 18. — Sieveking, p. 20. — Dareste remarque qu'il ne peut guère s'agir du chargement, puisque ce chargement appartenait à un tiers. — Sieveking suppose, gratuitement d'ailleurs, que le navire portait encore d'autres marchandises.

Suivant les uns le prêt a été consenti sur le fret, sur le prix du louage du navire, c'est-à-dire sur une créance. Suivant les autres le mot *πρόσηλον* désigne le chargement du navire et non le fret. Mais une inscription de Cnide, dont l'origine se place 285 et 222 av. J. C., nous montre cette ville, qui avait besoin d'argent pour élever un portique, contractant un emprunt dont elle garantit le remboursement en donnant aux prêteurs différents hypothèques notamment sur la recette à provenir du portique (*τὸ γερμῆν ἐκ τῆς στοῦας*) et consistant dans la vente de colonnes, de bois, de tuiles et de briques (1). Aristote fait mention (2) d'une opération analogue qui aurait eu lieu à Clazomène: les habitants, voulant se procurer de l'huile, donnent en hypothèque le prix à provenir de la vente de cette huile. Citons encore le contrat de sympolitie entre Teos et Lebedos, d'après lequel les envoyés de Lebedos demandent à contracter un emprunt, grâce auquel ils achèteront et revendront des céréales, et reçoivent l'argent prêté *εἰς ὑποθήκην* (3).

Quant au *pignus pignori datum*, il était possible en Grèce en cas de *πρόσις ἐπὶ λότῃ* ou de gage mobilier. Les plaidoyers nous en offrent maint exemple. Rien n'empêche le créancier de l'objet engagé de l'affecter à la sûreté de sa propre dette. En revanche l'hypothèque de l'hypothèque était-elle possible? Le droit hypothécaire pouvait-il faire lui-même l'objet d'un engagement? On sait que pareille possibilité est écartée par notre droit français actuel, au nom de ce principe que l'hypothèque est un droit accessoire qui suit le sort de la créance garantie. Lorsqu'un créancier hypothécaire veut tirer crédit de son droit, il faut qu'il cède à la fois ou donne en gage, et sa créance et son hypothèque. Le cédant pourrait en effet priver son cessionnaire de toute garantie en acceptant le paiement du tiers débiteur. Notre ancien droit a connu la procédure de sous ordre supprimée par l'art. 775 du Code de Procédure (4). — Nous ne possédons pas pour le droit

(1) Dareste, *B. C. H.*, IV, pp. 341 sqq.

(2) Aristote, *Æconom.*, II, 2, 26.

(3) Dittenberger, *Sylloge*, n° 177.

(4) Cf. Pothier, *Traité de l'hypothèque*, n° 39, éd. Bugnet, IX, p. 435.

grec de texte péremptoire. Mais il est permis de supposer quand on sait les analogies de l'hypothèque proprement dite, telle qu'elle fonctionnait dans ce droit, avec la vente à réméré et le gage, étant donné d'autre part que la sûreté hypothécaire était chez les Grecs beaucoup plus indépendante de la créance qui lui servait de raison d'être, qu'un tel engagement était possible.

Connaissant l'hypothèques des meubles le droit grec, connaissait l'hypothèque des revenus. Des emprunts contractés par les villes nous en fournissent beaucoup d'exemples. Ainsi la ville d'Orée en Eubée, empruntant un talent à Démosthène, lui donna en gage ses *δημόσιαι πρόσοδοι*. (1). La ville d'Orchomène en Béotie eut recours au même moyen de crédit (2).

Par exception, certaines choses ne peuvent faire l'objet d'une hypothèque bien qu'elles soient susceptibles d'être réalisées en argent. Il en est ainsi, dans l'intérêt du débiteur, pour les objets de première nécessité. Dans la plupart des états grecs, d'après Diodore, et spécialement en Attique d'après Aristophane, les instruments de culture et autres biens analogues se trouvaient soustraits au gage (3). On sait qu'il est interdit en Attique, depuis Solon, d'engager sa personne. Ailleurs l'usage a plus longtemps subsisté. Isocrate nous parle d'enfants qui à Platées se trouvaient en servage à raison de dettes minimales contractées par leurs parents (4). A Elis, la loi d'Oxylos interdisait à quiconque d'aliéner les fonds lui appartenant au-delà d'une certaine limite (5).

L'hypothèque pouvait-elle porter sur les *res sacrae*? Il est à remarquer que les *res sacrae* étaient considérées en Grèce comme annexes du domaine public. Or l'inaliénabilité de ce domaine n'était pas comme de nos jours un principe ri-

(1) Æschine, c. *Ctesiph.*, § 104.

(2) *C. I. Gr.*, 1569 a. — Cf. Boeckh, I, p. 688. — Beauchet, p. 204.

(3) Diodore, I, 79. — Aristophane, *Plut.* 450. — Cf. Suidas, *νῶ ἐνέχυρον*. — Petit, VIII, 1, 6. — Boeckh, I, p. 162. — Platner, II, p. 303. — Meier, Schomann et Lipsius, p. 691. — Büchschütz, p. 485. — Hermann-Thalheim, p. 100. — Hitzig, p. 20. — Lécrivain (*Darembert et Saglio*), *νῶ Enechyra*. — Beauchet, p. 204.

(4) Isocrate, *Plataic.*, § 48. — D'après un fragment récemment découvert de l'Ἡρώς de Ménandre, Gorgias, après la mort de son père supposé Tibeios, entre en servitude chez un créancier de Tibeios, qui se trouve être son véritable père, pour s'acquitter de sa dette (34 sqq. — Cf. Lipsius (*Meier et Schomann*), p. 692.)

(5) Aristote, *Pol.*, VI, 2, 5.

goureux. Et les biens domaniaux en Grèce pouvaient être hypothéqués. De fait, pour différentes localités, nous possédons des documents relatifs à l'hypothèque de ces *res sacrae*. A Olbia on engage εἰς τὴν τῆς πόλεως χρῆσιν ἐκτὸς ποτίσθαι, à Methgion une table appartenant à Zeus Hoplosmios (1).

II. — L'application courante de l'hypothèque au prêt nautique empêchait qu'une démarcation très nette ne fût établie entre l'hypothèque proprement dite et le gage. Dans ce domaine notamment, tout ce qui peut faire l'objet d'une hypothèque est meuble. Mais sur quoi portait exactement le droit hypothécaire ? Il est intéressant d'insister sur ce point car la matière est fort controversée.

La différence entre le droit grec et les législations modernes ne porte pas seulement sur le caractère accessoire ou essentiel du gage. Mais la loi française par exemple, tout en exigeant une affectation, n'a longtemps permis d'y soumettre ni le fret à faire, ni le profit à espérer des marchandises, et ne permet pas encore d'y soumettre le loyer des matelots. En somme, dans notre droit, l'hypothèque n'a longtemps pu être établie, en dehors des marchandises, que sur corps et quille ou encore sur les agrès et appareils. Toutes ces restrictions étaient inconnues aux Grecs, comme elles le sont d'ailleurs à certains peuples modernes.

L'hypothèque maritime la plus fréquente portait en Grèce, non sur le navire lui-même mais sur le chargement. Si l'emprunteur n'était pas lui-même patron, mais simple marchand, associé à la navigation, il engageait d'ordinaire les marchandises déjà placées sur le bateau, ce que prétendent avoir fait Zenothémis et Hégestrate, ou encore celles qu'il s'était procurées avec la somme reçue : et tel était le cas le plus répandu. C'est ainsi que les frères de Lacrite avaient engagé à leur créancier trois mille amphores de vin à quérir à Mendé ou à Scioné (2).

(1) *C. I. Gr.*, 2058 (pour Olbia). — Dittenberger, *Sylloge*, n° 229 (pour Methgion). — Hermès, XVI, pp. 183-184.

(2) Dans ce texte nous trouvons à la fois une caution et un gage. De fait, il arrivait souvent que les emprunteurs fussent inconnus du créancier ; et, faute de retour à Athènes, le gage aurait pu demeurer sans effet.

Lorsque l'emprunteur était le patron lui-même, il engageait d'ordinaire son navire. Nous en avons un exemple dans le *contre Apatourios*. Toutefois l'argent prêté dans ce texte ne l'est pas en vue d'une expédition maritime. Et il s'agit même, non d'une hypothèque pure et simple, mais d'une vente à réméré.

La règle est la double affectation du chargement et du navire. Elle se réalise lorsque le propriétaire du navire en assume également la direction. Et l'on sait que le cas n'était pas rare en Grèce, les opérations maritimes se faisant sur une petite échelle (1).

Quant à l'hypothèque des agrès et apparaux ainsi que des victuailles, on ne saurait douter qu'elle fût permise. Dans un des plaidoyers attribués à Démosthène, nous voyons le triérarque Apollodore prier son successeur Polyclès de lui consentir un prêt sur les agrès du navire (2). Peu importe d'ailleurs qu'il s'agisse dans ce texte d'un prêt à la grosse ou d'un prêt ordinaire, puisque les deux opérations ne sont pas, dans la pratique juridique, très nettement séparées. Le prêt sur les agrès et les apparaux devait surtout intervenir lorsqu'un prêt sur le chargement n'était pas possible. Un triérarque n'a pas de chargement puisque le na-

(1) Il y a toutefois quelque exagération à soutenir avec de Vries (pp. 35 sqq) que l'hypothèque du chargement était toujours sous-entendue. L'auteur s'appuie sur le *contre Dionysodore*. Sans doute, on nous dit simplement (§ 6) : *δανείζονται παρ' ἡμῶν ἐπὶ τῇ νηὶ τρισχιλίας δραχμάς*, sans faire mention d'une autre hypothèque. Mais de Vries suppose que si l'engagement des marchandises n'est pas stipulé, c'est parce qu'il découle de la nature même du contrat. Il est toujours sous-entendu que les marchandises achetées avec l'argent emprunté sont affectées aux créanciers. De fait nous lisons plus loin (§ 38) : *ἐὰν δὲ μὴ παράσχωσιν ἐμφανῆ τὰ ὑποκείμενα καὶ ἀνέπαρα, ἢ ποιήσωσί τι παρὰ τὴν συγγραφὴν κ.τ.λ.* Et le pluriel est significatif. Malheureusement il figure dans un fragment de contrat peut-être inséré après coup. Et l'orateur reprend : *Ἔστιν οὖν ὅποι παράσχηκας ἐμφανῆ τὴν ναῦν...*

(2) c. *Polycl.*, § 55. — En revanche, on a contesté, (Lipsius *Meier et Scho-mann*), p. 722, n. 167), qu'il soit question dans le § 17 d'un prêt maritime sur agrès. Le texte dit : *ὀκτακοσίας δραχμὰς (δανεισάμενος) παρὰ Νικίππου τοῦ ναυκλήρου ναυτικὸν ἀνείλόμεν ὅς ἐτυχεν ὧν ἐν Σηστῷ, ἐπὶ γόρουν, σωθέντος δὲ τοῦ πλοίου Αθήναζε ἀποδοῦναι αὐτὸ καὶ τοὺς τόκους*. On a pensé que le mot *πλοῖον* ne pouvait s'appliquer au navire de guerre d'Apollodore, mais désignait le navire de commerce de Nicippus, sur lequel celui-ci avait fait un emprunt, qu'Apollodore aurait reçu en compte. — Toutefois le mot *πλοῖον* a parfois un sens général et s'applique à toute espèce de bateau. Et l'opération imaginée par Lipsius n'aurait pas été très régulière pour Nicippus. — En réalité nous croyons qu'il s'agit dans ce texte d'un prêt sans garantie.

vire est armé en guerre. D'une part, il ne peut disposer du navire, qui appartient à l'État ; mais les agrès sont sa propriété.

Le prêt à la grosse semble donc pouvoir être affecté sur tous les objets soumis aux risques du voyage. Pouvait-il l'être encore sur des objets non soumis aux risques, et par exemple sur des immeubles ? Nous ne trouvons aucune trace de prohibition à cet égard. Et même un texte du *contre Phormion* tendrait si on le rapproche d'un passage du *contre Lacrite*, à nous faire croire à cette pratique (1).

Le point le plus contesté est l'hypothèque du fret (2). Les discussions sont venues du fait que le mot grec *ναυλον* signifie à la fois le prix du louage du navire et le chargement lui-même. Il en est de même d'ailleurs pour notre mot français fret). Mais c'est dans l'interprétation des plaidoyers, une source d'obscurités nouvelles. Néanmoins on ne peut guère rapporter *ναυλον* qu'au prix du louage du navire, c'est-à-dire à une créance, dans un passage du *contre Phormion* où il est parlé d'un prêt consenti ἐπὶ τῷ ναυλῳ et où le texte ajoute εἰς τὸν Πόντον (3).

On admet en général que l'hypothèque maritime équivalait souvent au double de la somme prêtée. Le fait néanmoins a été contesté par de Vries (4), qui s'efforce de récuser l'exemple le plus typique, celui du *contre Lacrite*. Dans ce texte, Démosthène n'affirmerait pas d'après lui que le vin qui fait l'objet de l'engagement vaille deux fois la somme prêtée. Ce seraient les marins qui, afin d'emprunter plus aisément, le déclareraient aux capitalistes. Démosthène sem-

(1) *c. Phorm.*, § 6, *c. Lacrit.*, § 12. — Le passage du *contre Phormion* a été considéré par beaucoup comme un *locus desperatus*. — Cf. pour une discussion approfondie de Vries, pp. 50 sqq. La phrase difficile est ἐδάνεισθαι Φορμίωνι εἴκοσι μνᾶς ἐπὶ ἐτέρῃ ὑποθήκῃ. Nous inclinons dans le sens de l'explication donnée au texte, parce que, au § 7, la constitution d'hypothèque et le chargement des marchandises sont présentés comme deux opérations différentes : οὕτε γὰρ τὴν ὑποθήκην παρέσχεν, οὕτε τὰ χρήματ' ἐνέβητ' εἰς τὴν ναῦν. On a traduit parfois : sur un chargement d'une valeur double. Nous voyons dans ce texte une preuve nouvelle de l'extrordinaire élasticité de notre institution.

(2) On s'est parfois appuyé pour prouver l'hypothèque du fret sur un passage de Diphile, rapporté par Athénée (VII, 39). Mais ce passage avait été mal lu et mal compris. — Cf. réfut. dans de Vries, pp. 46 sqq.

(3) Cf. Boeckh, I. p. 184. — Dareste, *Prêt à la grosse*, p. 9. — Lipsius (*Meier et Schomann*), p. 722, n. 167. — Talheim, *Hermes*, XXII, p. 344.

(4) De Vries, p. 47. — *c. Lacrit.*, § 18.

blerait indiquer lui-même que la valeur était douteuse. Toutefois les doutes de l'orateur n'auraient, même s'ils étaient prouvés, rien de décisif. Les emprunteurs ont pu présenter faussement leur gage comme ayant une valeur double et les prêteurs se laisser prendre à leurs allégations, quitte à en reconnaître plus tard l'invraisemblance.

En revanche le même auteur invoque le *contre Apatourios* (1). Apatourios devait quarante mines pour lesquelles son navire était engagé. Mais ce navire ne valait certainement pas quatre-vingts mines. Le créancier, vendant le navire, saisit aussi les cordages, par peur de ne pas rentrer dans ses débours ; et l'événement montra que cette crainte n'était pas chimérique. — Seulement l'auteur oublie qu'il ne s'agit pas dans le *contre Apatourios* d'un prêt à la grosse, mais d'un prêt ordinaire. La double affectation ne devait évidemment être usitée que dans les cas où l'opération était enveloppée de risques. Quant à invoquer la situation des emprunteurs, qui n'auraient pu la plupart du temps fournir une garantie double, ce n'est pas fournir une raison très sérieuse. En réalité la pratique des doubles affectations n'a rien d'invraisemblable. C'est au contraire parce que les opérations maritimes veulent être rapides et simples que l'on écarte ainsi par avance toute difficulté au créancier au sujet du règlement d'un ἐλλείπον éventuel.

L'emprunteur déclarait toujours la liberté du gage. C'était un principe bien établi du prêt maritime que l'emprunteur ne pouvait plus, sans le consentement du prêteur, emprunter à d'autres sur les objets affectés au prêt, à moins qu'il n'en augmentât la quantité en proportion du nouvel emprunt, ou à moins que les choses affectées ne fussent suffisantes pour répondre de l'un et de l'autre. Et même en ce cas il n'en avait pas le droit s'il y avait renoncé par l'acte d'emprunt (2).

(1) *c. Apatour.*, § 6. — Dans le *c. Phorm.*, *loc. cit.* nous trouvons l'obligation pour l'emprunteur qui a reçu vingt mines de charger des marchandises ayant une valeur de quarante.

(2) L'emprunteur s'obligeait non-seulement à rendre le capital et l'intérêt nautique, mais même à payer une amende s'élevant parfois au double de la dette, en cas d'infraction au contrat, soit par défaut d'emploi des fonds empruntés à l'objet indiqué, soit par non-arrivée du navire dans le port convenu résultant de sa faute ou de son fait, soit par violation de la défense d'emprunter deux fois sur les mêmes effets, soit en cas de fausse déclaration que les objets étaient libres. (Démosthène, *c. Dionys.*, § 38).

Néanmoins il y avait parfois des fraudes. La répression semble en avoir été rigoureuse. L'auteur du plaidoyer contre Lacrite nous parle d'un Athénien condamné pour ce fait à mort. Faut-il conclure de là que dans la loi athénienne, comme plus tard en droit romain, le dernier prêteur à la grosse était toujours préféré aux autres comme ayant pourvu à la conservation du gage? Ce résultat n'était certainement pas acquis de plein droit. Mais, dans la pratique, le nouveau prêteur ne devait remettre les fonds qu'après s'être fait consentir une antériorité par le prêteur précédent. C'est une stipulation de ce genre que nous offre le plaidoyer contre Lacrite.

En cas de prêt maritime, un acte était rédigé, que l'on déchirait ensuite lorsque le débiteur s'était acquitté intégralement (1). L'acte restait entre les mains du prêteur ou était déposé chez un tiers (2). Ce point est intéressant en ce qui concerne l'objet du gage, car sur la base de ce contrat, une signification pouvait être adressée à l'emprunteur qu'il eût à charger sur le navire des effets de valeur suffisante pour répondre du prêt (3). La justification d'un certain chargement incombait à l'emprunteur, alors même que le chargement n'était pas affecté à l'emprunt et servait simplement d'aliment au risque (4). À défaut de cette preuve, il n'était pas libéré par la perte du navire et du chargement.

III. — Comment se pose dans le droit grec le problème de l'assiette de l'hypothèque? Nous avons vu que les hypothèques générales sont rares. Il n'y en avait peut-être pas à Athènes. La question la plus difficile se trouve ainsi écartée. Pas d'hypothèques frappant l'ensemble des biens, présents et à venir, du débiteur. Les hypothèques générales sont, la plupart du temps, occultes. Les hypothèques helléniques sont toujours publiques. — On sait d'autre part que notre droit permet dans une certaine mesure l'hypothèque des biens à venir (art. 2130 C. Civ.) ; il y voit une ressource au

(1) Démosthène, *c. Apat.*, §§ 12-13. — *c. Phorm.*, §§ 31-32.

(2) *c. Apat.*, § 22. § 14. — *c. Lacrit.*, 14. — *c. Phorm.*, § 6.

(3) *c. Phorm.*, § 7.

(4) Cf. Dareste, *Prêt à la grosse*, p. 11. — Pardessus, p. 43. — *c. Lacrit.*, *passim*.

profit du créancier dont les biens sont insuffisants pour la sûreté de sa créance. Nous avons déjà trouvé à Halicarnasse (1) des dispositions qui tiennent compte de ce point de vue. Mais, pour l'époque classique, nous n'avons pas à nous occuper de l'hypothèque des biens à venir. Alors même que dans les plaidoyers se rencontre la formule : j'hypothéquai mes biens, il n'est jamais question que des biens présents. Une hypothèque des biens à venir n'a lieu qu'en matière de prêt maritime : l'emprunteur peut donner par exemple en gage des marchandises à charger sur son navire. Mais il s'agit là d'un futur qui n'a rien d'indéterminé, puisque l'expédition nautique où se place le contrat serait sans intérêt, et par suite sans raison d'être, faute d'un chargement ultérieur effectué à une certaine date. Le débiteur chez les Grecs ne peut escompter par avance le résultat d'acquisitions à venir dont les éléments ne sont pas déjà actuellement réalisés. L'hypothèque des biens à venir ne peut faire l'objet d'une spéculation. Et cela se comprend : l'hypothèque grecque est trop voisine de la vente et même du troc : c'est une opération trop matérielle et trop étroite pour qu'elle admette des complications de ce genre. Ajoutons que la vente ni l'hypothèque de la chose d'autrui n'étaient pas reconnus valables en droit grec comme en droit romain. Et d'ailleurs la vente de la chose d'autrui eût signifié simplement que le vendeur s'engageait à acquérir dans un délai déterminé la propriété du bien vendu.

En ce qui concerne les hypothèques spéciales, c'est-à-dire portant sur des biens individuellement désignés, la question de leur assiette se ramène à savoir si le droit hypothécaire suivait dans ses variations la valeur de l'immeuble. Nous avons vu que l'hypothèque frappait tous les accessoires de l'immeuble. Nous avons vu qu'en cas d'hypothèque maritime, le débiteur se trouvait affranchi par la perte de la chose hypothéquée (2). En cas de perte partielle, le

(1) Cf. *supra*, sect. I, chap. II, § V.

(2) Lorsque, par l'effet du jet, d'une composition avec les pirates ou de tout autre événement de force majeure, les objets affectés au prêt maritime avaient été diminués ou avaient payé une contribution, le prêteur supportait cette perte à la décharge de l'emprunteur. — Démonstène, *c. Lacrit.*, § 13.

droit du créancier était maintenu sur les objets sauvés, comme les cent statères d'or du *contre Lacrite* par exemple (1). Il ne pouvait pas ne pas en être de même dans les autres contrats. Les dépréciations de l'objet hypothéqué survenues par cas fortuit nuisaient pareillement au créancier hypothécaire, sans que le débiteur fût tenu de fournir un supplément de garantie. Le créancier hypothécaire a sur la chose une propriété suspendue. S'il n'est pas payé à l'échéance, et s'il pratique l'ἐμφύτευσις, cette propriété se consolide sur sa tête et rétroagit au jour du contrat.

Pour les mêmes raisons on peut, en l'absence de textes, supposer que l'hypothèque atteignait les accroissements de la chose. Cette dernière éventualité avait en général moins d'importance que de nos jours, les mouvements de la propriété foncière étant peu considérables. Mais elle retrouvait toute sa valeur en matière de prêt maritime : et il n'y a aucun motif de supposer que la plus-value fortuite d'un chargement ne bénéficiait pas au créancier hypothécaire.

(1) c. *Lacrit.*, § 36.

CHAPITRE IV

Conditions et formes de la constitution d'hypothèque

Quelle capacité était requise des parties contractantes dans la constitution de l'hypothèque, et comment s'opérait cette constitution ?

I. — Avant tout, le constituant doit être propriétaire du fonds *δεσπότης* (1). Le fermier, l'emphytéote même ne peuvent hypothéquer (au contraire pour ce dernier de ce qui a lieu chez nous — loi du 25 juin 1902) (2). La nécessité pour le constituant d'avoir la propriété de la chose semble toutefois devoir exclure le cas où la chose lui est due, sinon, quoi qu'on en ait dit, le cas où la convention a pour objet des biens à venir, puisque de semblables hypothèques nous ont paru douteuses. Mais alors le droit réel ne prend naissance qu'au moment où le bien entre dans le patrimoine du constituant. L'hypothèque de la chose d'autrui est d'ailleurs valable lorsque le propriétaire du bien hypothéqué y donne son consentement (3).

Néanmoins, en principe, l'hypothèque de la chose d'autrui est nulle. Le propriétaire peut toujours revendiquer. D'autre part le créancier hypothécaire évincé a un recours contre le constituant. Le stellionataire paraît avoir été sévèrement puni. La loi de Gortyne le frappe d'une amende double de ce qu'il a reçu et l'oblige à indemniser au simple le créancier de tout autre dommage.

Mais qu'arrive-t-il lorsqu'une hypothèque sur la chose

(1) Cf. Hitzig, p. 25. — Beauchet, pp. 215 sqq.

(2) Cf. *Le Bas-Waddington*, 404, ll. 9-10. — *D. H. R.*, I, p. 208, n° 13 et p. 402. — Cf. toutefois *C. I. Gr. Septent.*, I, 2217 add., où il est dit que l'emphytéote ne peut hypothéquer à un *ξένος*. En tout cas, ce qu'il peut hypothéquer, c'est son droit d'emphytéose et non l'immeuble même.

(3) Démosthène, *c. Nicost.*, § 12. — Mais alors s'agit-il vraiment d'une hypothèque de la chose d'autrui ? — Cf. *c. Apoll.*, § 13 : Apollodore fait l'opération en son nom, se portant pour ainsi dire caution réelle au profit du créancier.

d'autrui a été constituée régulièrement ? Le propriétaire réel devient-il débiteur du créancier hypothécaire ?

Il semble que l'on doive distinguer le cas où l'hypothèque sur la chose d'autrui est constituée par le débiteur lui-même avec le consentement du propriétaire (1), et celui où le maître de la chose dirige l'opération (2). Dans ce dernier cas le propriétaire réel du fonds est évidemment tenu vis-à-vis du créancier. Est-il tenu simplement *propter rem*, ou sa responsabilité est-elle intégrale ? C'est ce qui est malaisé à déterminer. Dans l'autre, c'est le débiteur originaire seul qui est engagé (3). Sans doute, il pouvait arriver que le propriétaire donnât lui-même satisfaction au créancier, quitte à se retourner ensuite contre le débiteur. Mais on ne saurait conclure de là que le propriétaire fût tenu vis-à-vis du créancier. Il ne prend cette mesure que pour éviter une saisie du créancier sur l'objet de l'hypothèque. En effet l'opération relatée dans le *contre Nicostrate* ne saurait prêter à des généralisations doctrinales (4). Apollodore se substitue complètement à Nicostrate et traite l'affaire, en apparence au moins, pour son propre compte.

On exige pareillement du bénéficiaire qu'il soit capable de devenir propriétaire du bien engagé. En effet l'hypothèque aboutit éventuellement à un transfert de propriété. Lors donc qu'elle a pour objet un immeuble, il faut que le créancier ait le droit de posséder des immeubles dans la cité, ἐγκτήσις γῆς καὶ οἰκίας, droit qui est un privilège du citoyen. Les métèques et spécialement les affranchis se trouvent donc exclus, à moins de circonstances extraordinaires ou de traité (5).

Les mineurs ni les femmes en tutelle ne peuvent valablement constituer hypothèque. Mais les biens du mineur peu-

(1) Cf. en ce qui concerne la nécessité de ce consentement, *D. H. R.*, I, p. 208. — Plutarque, *Arat.*, 19. Dans le *c. Aphob. I*, § 25, les tuteurs de Démosthène prétendent que des esclaves engagés à son père par Moeriadès avaient été revendiqués.

(2) Pappulias, *op. cit.*, p. 89.

(3) *B. C. H.*, XXVII, p. 78.

(4) Cf. Hitzig, p. 134, n. 3. — Beauchet, p. 260.

(5) Aristote, *Æconom.*, II, 4, 1347 a. — *B. C. H.*, VIII, p. 23, ll. 42 sqq. — Cf. Beauchet, p. 221.

vent être hypothéqués par son tuteur (1). La femme pubère peut également hypothéquer ses biens avec l'assistance de son *kyrios*. La coopération du tuteur aux opérations hypothécaires est prouvée par la loi d'Ephèse (2). Le tuteur paraît dans ce texte ὑπὸ τοῦ ὀρφανοῦ et avec lui encore des συνορφανισταί. Dans le *Registre de Tenos*, nous trouvons de même des personnes du sexe masculin qui agissent μετὰ κυρίου (3). L'intervention du tuteur a également lieu quand c'est le mari qui hypothèque. A côté du mari figure la femme avec son tuteur. Les personnes juridiques, temples ou cités, sont capables d'hypothéquer leurs biens ou leurs revenus par l'organe de leurs représentants légaux (4). Mais parfois le créancier traitant avec une cité exigeait en outre une hypothèque sur les propriétés privées des membres de la cité.

Lorsque l'hypothèque à constituer était une seconde hypothèque, une condition supplémentaire était requise : le consentement du premier créancier. C'est que, dans l'imperfection des moyens de publicité dont on disposait, et vu les incertitudes de la chronologie hypothécaire, le premier créancier pouvait craindre de se voir frustré à l'échéance par un créancier ultérieur plus diligent ou moins scrupuleux. La sanction était la nullité (5), au moins pour l'époque des Orateurs. A Ephèse par contre, l'usage des secondes et même des troisièmes hypothèques était fréquent, sans que nous sachions si un consentement du premier créancier

(1) Schulthess (*Vormundschaft nach attischem Recht*, 1886, pp. 116-121) admet à tort qu'il est interdit au tuteur d'engager les biens de son pupille. — Cf. Démosthène, *c. Aphob.* I, § 28, où Démosthène reproche seulement à son tuteur de s'être laissé engager les esclaves déjà engagés par Moeriadès à son père. Il n'est pas question d'un engagement de le *res pupilli*.

(2) *D. H. R.*, I, p. 32. Il s'agit moins dans ce texte d'une constitution d'hypothèque que de l'exécution du droit hypothécaire.

(3) Dans un registre de ventes, on doit porter le nom du propriétaire ; or c'est le mineur et non le tuteur qui est propriétaire. — La femme en revanche figure *normalement* μετὰ κυρίου ; exceptionnellement les textes disent : la femme et son tuteur. Jamais le tuteur n'est représenté comme agissant de sa propre autorité. — Cf. Lewy, *De civili condicione mulierum graecarum*, 1885, pp. 5 sqq.

(4) Athénée, XI, 508. — Strabon XIII, 3, 6. — Cf. Szanto, *Anleihen griech. Staaten*, *Wiener studien* VII, pp. 232 sqq., VIII, pp. 1 sqq. — Wachsmuth *Öffentlicher Kredit in der hellenischen Welt während der Diadochenzeit*, *Rhein. Museum*, XL, p. 283.

(5) *c. Aphob.* — I, § 27.

était nécessaire. De même, une inscription de Cnide (1) reste à cet égard silencieuse. Cependant il n'est jamais dit que ce consentement n'est pas nécessaire. Or, étant données les prohibitions antérieures, cette dispense pourrait-elle demeurer sous-entendue?

La constitution d'hypothèque peut être prohibée par une clause du testament en vertu duquel la chose est parvenue au débiteur. Nous en trouvons un exemple fameux dans le *Testament d'Epicteta de Théra*. Il ne semble pas toutefois que l'hypothèque consentie contrairement à une semblable prohibition soit nulle, à moins que le testateur n'ait pris certaines précautions spéciales pour assurer le respect de ses volontés (2).

II. — La constitution d'hypothèque n'exigeait pas à Athènes de formes spéciales. Il en était autrement dans les localités où la loi soumettait à certaines formalités les contrats emportant translation de propriété ou constitution de droits réels (3).

III. — Souvent, nous le savons, des cautions sont données accessoirement à une hypothèque, πρὸς αὐτὰ τὰ κτήματα, par opposition aux cautions des dettes chirographaires, que la loi d'Ephèse notamment appelle dettes en l'air, τὰ μετεωρὰ. S'il y avait une caution et que le gage se trouvât en déficit par rapport à la créance, la caution était forcée de combler le déficit sur ses propres deniers. Cette condition est nettement stipulée dans le cahier des charges d'un prêt fait par la ville de Delphes (4). A la vérité, il s'agit dans ce texte d'un placement de fonds publics, entouré peut-être d'un surcroît de garanties. Cet acte s'écarte sur un point au moins des règles ordinaires, puisqu'il exige de l'emprunteur un gage double du prêt. Mais, en ce qui touche aux obligations

(1) *B. C. H.*, IV, pp. 341 sqq.

(2) Le testament d'Epicteta (col. II, ll. 21 sqq) se borne à dire que ceux des héritiers qui projetteraient des actes de disposition devraient en être empêchés par les autres.

(3) Cf. Beauchet, pp. 222-223.

(4) Dittenberger, *Sylloge*, n° 306.

des cautions, il se réfère certainement aux principes du droit commun. Il en était de même à Ephèse. La responsabilité qui frappait les cautions était d'ailleurs très lourde. D'abord il se pouvait que le gage subit une dépréciation notable. En second lieu, si le débiteur négligeait de payer les intérêts, il se formait à côté de la dette principale une seconde dette qui grossissait très vite. Dans l'un et l'autre cas on s'adressait aux cautions (1).

(1) La caution hypothécaire, aux termes de la loi d'Ephèse, sera tenue comme les cautions de dettes chirographaires, pourvu toutefois que la créance ne comprenne pas des intérêts accumulés pendant une période de temps plus longue que celle pour laquelle le cautionnement a été contracté. Si au contraire le créancier exige des intérêts au-delà du taux stipulé dans l'acte, et au-delà du temps convenu avec la caution, la caution ne paiera pas ce surcroît d'intérêts, à moins que le créancier n'ait arrêté les poursuites à la demande de la caution elle-même. En cas de contestation, l'affaire sera portée devant le tribunal des étrangers (*ξενικόν δικαστήριον*), si elle n'est d'abord arrangée par les arbitres. Le rôle de demandeur appartiendra au créancier.

CHAPITRE V

Publicité des hypothèques

Tandis que l'hypothèque romaine est occulte, l'hypothèque grecque est toujours révélée aux tiers intéressés. Il y a là, au bénéfice de l'hypothèque hellénique, une supériorité que les historiens n'ont pas manqué de mettre en valeur.

La publicité des hypothèques se rattachait par un lien direct à la publicité des aliénations ordinaires. Celle-ci était assurée par des moyens très divers, selon les localités. Dans certaines et notamment à Cyzique, d'après Théophraste (1), les ventes, comme d'ailleurs les constitutions d'hypothèques devaient être publiées par un héraut cinq jours consécutifs avant d'être confirmées, et pendant ce délai les parties intéressées pouvaient intervenir et faire opposition. Ailleurs l'acheteur ne devenait propriétaire incommutable que si pendant cinq jours consécutifs et par voie de proclamations publiques il avait adressé une mise en demeure de se faire connaître à tous ceux qui avaient un droit réel sur la chose vendue. Ailleurs la vente devait s'accomplir en présence du magistrat dont l'auditoire était le plus fréquenté par le public. A Thurium, au moment de la vente, le vendeur devait réunir ses trois plus proches voisins, les faire assister à l'échange des consentements, et, afin de fixer leurs souvenirs, leur remettre une petite pièce de monnaie. D'autres fois, c'est par des sacrifices que se concluait la vente. Après cette cérémonie religieuse, le vendeur, l'acheteur et les témoins se rendaient devant le magistrat : et là, sous la foi du serment, déclaraient qu'une vente venait d'avoir lieu et que, d'un côté comme de l'autre elle était exempte de toute espèce de fraude. Le magistrat recueillait sur ses registres ces affirmations ; il y inscrivait les noms des parties, les noms des témoins et la désignation de la chose vendue. Puis il tenait le tout à la disposition du public. A Athènes la vente était

(1) Théophraste, *fragm.* 97, éd. Didot.

annoncée par des affiches apposées près des lieux où siégeaient les principaux magistrats, pendant soixante jours au moins avant sa réalisation. — Il y a lieu de croire que ces mesures de publicité prescrites pour la vente se retrouvaient au moins en cas de *πρᾶσις ἐπὶ λύσει*. Nous en avons en tout cas la preuve en ce qui concerne un mode plus raffiné de publicité, en usage notamment à Tenos : la transcription sur un registre immobilier. Nous trouvons même dans le *Registre de Tenos* l'indication des créances garanties par les ventes à réméré (1). D'autre part, lorsqu'une hypothèque grève l'immeuble, il en est fait mention dans l'acte (2).

Dans certaines villes existaient des registres spéciaux pour les constitutions de dot (3 ; et l'on s'est demandé s'il n'existait pas de même des registres d'hypothèques. On a invoqué un texte d'Aristote (4) qui en affirmerait l'usage à Chio. Mais c'est plutôt à un dépôt des titres de créance et de propriété que fait allusion Aristote. — De fait l'institution de dépôts des des titres de créance ou *χρεωφυλάκεια* paraît avoir été très générale en Grèce (5).

(1) *D. H. R.*, I. p. 50, § 4.

(2) *D. H. R.*, I, p. 82, § 37.

(3) Dans le cas où l'hypothèque dotale frappait les biens du constituant qui n'avait pas versé la totalité de la dot, il n'était pas rare qu'elle fût inscrite sur les registres des constitutions. Au § 4 du *Registre de Myconos*, le constituant donne hypothèque sur sa maison.

(4) Aristote, *Æconom.*, II., 2. — Χῖοι δὲ νόμου ὄντος αὐτοῖς ἀπογράφεσθαι τὰ χρέα εἰς τὸ δημόσιον, δεηθέντες χρημάτων ἐψηφίσαντο τοὺς μὲν ὑφείλοντας ἀποδοῦναι τῇ πόλει τὰ δάνεια, τὴνδὲ πόλιν ἐκ τῶν προσόδων τοὺς τόκους τοῖς δεδανεικόσι καταφέρειν, ἕως ἄν κατὰ τὸ ἀρχαῖον εὐπορήσωσιν. — Cf. Büchschütz, p. 491. — Hermann-Thalheim, p. 57. — Beauchet, pp. 346-347.

(5) Possédaient un dépôt officiel des titres : Pergame (Cicéron *Pro Flacco*, 30); Euménia en Phrygie (*C. I. Gr.*, 3892). — Hiérapolis en Phrygie (*C. I. Gr.*, 3916, 3919, 3922, 3924 a.); Trapezopolis en Phrygie (*C. I. Gr.*, 3953 h.); Mastaura en Lydie (Le Bas-Waddington, *Inscr. d'As. Min.*, 1664, p. 396); Tilménus en Lycie (*C. I. Gr.*, 4212); Pinara en Lycie (*C. I. Gr.*, 4253); Patara en Lycie (*C. I. Gr.*, 4224 d.); Sidyma en Lycie (*C. I. Gr.*, 4288); Antiphellos en Lycie (*C. I. Gr.*, 4300 e.); Mylasa en Carie (*C. I. Gr.*, 2693 c. d.); Aphrodisias en Carie (*C. I. Gr.*, 2841, 2842); Nysa en Carie (*C. I. Gr.*, 2950); Ephèse en Carie (*C. I. Gr.*, 3029), Magnésie de Sipyle (Le Bas-Waddington, 1660 b, p. 394); Smyrne (vingt inscriptions dans *C. I. Gr.*, de 3264 à 3411); Thyasira (*C. I. Gr.*, 3490, 3509, 3517); Assos en Mysie (*C. I. Gr.*, 3573); Cymé en Eolide (*B. C. H.*, XII, p. 363); Termessos en Pisidie (*B. C. H.*, XXIII, p. 183). L'ἀρχεῖον prend quelquefois le nom de φυλακὴ τῶν γραμμάτων (Cf. pour Mylasa, *C. I. Gr.*, 2693) ou de γραματοφυλάκιον (*C. I. Gr.*, 4094, *C. I. Gr.*, 4247) ou de γραμματεῖον (*C. I. Gr.*, 2943). — On trouve encore ἐντροφυλάκιον dans les villes de Béotie, avec des fonctionnaires appelés

A Athènes il n'y avait ni registre de transcriptions, ni registre des constitutions de dot. La publicité des ventes était néanmoins assurée par l'inscription sur le registre de perception du centième dernier. Toutefois, ainsi qu'on l'a remarqué, le percepteur n'avait point à se préoccuper des charges qui pesaient sur le fonds vendu. Son registre était avant tout un livre de comptes : et il lui importait seulement de connaître le prix exact de la vente ¹. Mais les Athéniens disposaient d'un autre moyen de publicité : les *ὄροι*.

L'usage des *ὄροι* hypothécaires se rencontre dans d'autres cités qu'Athènes, à Syros, Lemnos, Amorgos, Naxos. Mais il peut s'expliquer dans ces cités, soit par la présence de clérouques athéniens, soit par leurs nombreuses relations avec l'Attique. Suidas définit cette institution comme vraiment athénienne (2).

Ces inscriptions consistaient en planches ou planchettes *σπανίδες, σπανίδαι* ou bien en tables de pierre ou de marbre et en stèles (*λίθος, στήλη*) que l'on fixait sur les maisons ou que l'on dressait sur les fonds de terre. On a même découvert des inscriptions gravées sur des murs de maisons. Les inscriptions en bois ne sont point naturellement parvenues jusqu'à nous. Toutes les inscriptions connues ont été faites sur des pierres plus ou moins bien choisies, quelquefois sur des tablettes de marbre quadrangulaires, quelquefois aussi sur des colonnes cylindriques. Les dimensions sont très variables ; certains *ὄροι* ont 75 centimètres de hauteur, d'autres ne dépassent pas 30 (3).

τεθμορύλακες (Plutarque, *Quaest. graecae*, 8). Il y en avait notamment à Orchomène (*D. H. R.*, I., p. 275). — Le terme le plus courant est celui de *χρεοφυλάκιον* (*Le Bas-Waddington*, 845, 1011, etc. — *C. I. Gr.*, 2835, 2837 b, 2850 b, c, 3282, 3429, etc., etc.). Josèphe (*De bello jud.*, XI, 31) atteste l'existence d'un *γραμματοφυλάκιον* à Jérusalem. — En Egypte l'institution des dépôts d'actes remontait aux Pharaons. Elle fut conservée par les Ptolémées et par les Romains.

(1) *D. H. R.*, Ip. 121. — Beauchet (p. 349), admet sans preuves suffisantes que des registres ont dû à Athènes être substitués sur le tard aux autres moyens de publicité. — Cf. Hitzig, p. 68.

(2) Suidas *ν*^ο *ὄροι* : οὕτως ἐκάλουν οἱ Ἀττικοὶ τὰ ἐποντὰ ταῖς ὑποκειμέναις οἰκίαις καὶ χωρίοις γράμματα ἃ ἐδῆλουν ὅτι ὑπόκεινται δανειστῇ. — Cf. *D. H. R.* I., p. 142. — Hitzig pp. 68-69.

(3) Cf. Harpocraton *ν*^ο *ὄρος* et sur la forme des *ὄροι*, Stoeizel, *Zeitschr. f. Rechtsgesch.*, 1867, pp. 96-104. — Hitzig, p. 69.

L'établissement des ὄροι n'était pas prescrit par la loi ; et il n'était pas nécessaire pour la validité de l'hypothèque à l'égard des tiers. Le rang des créanciers se déterminait, non par la date qui y figurait, mais par la date du contrat lui-même. D'ailleurs, les ὄροι n'indiquent jamais que l'année de leur érection (ἐπὶ τοῦ βουλόλου ἔργοντος) ; et cette indication serait une ressource bien insuffisante. Toutefois la présence d'ὄροι offrait de tels avantages qu'en cas de μετρώσις οἴκου l'archonte chargé de veiller sur les intérêts du pupille prenait soin d'en faire placer sur les biens affectés à sa créance. Nous savons aussi que les prêtres devaient en faire établir pour les prêts des temples (1). Et les particuliers n'y attachaient pas un moindre prix (2).

Néanmoins on peut caractériser la portée juridique des ὄροι en disant que d'une part leur absence sur le fonds hypothéqué n'est point par elle-même une preuve suffisante que le fonds n'est grevé d'aucune dette, d'autre part que leur présence sur un immeuble n'atteste point péremptoirement l'existence d'une hypothèque (3). Le second point est prouvé par le *contre Onétor*, le premier par le *contre Phenippe* (4). L'existence d'ὄροι facilite seulement au créancier la preuve de son droit, mais elle ne le dispense pas de fournir une justification plus complète, que pourra seul procurer le contrat dressé entre les parties. Il semble même que d'après un plaidoyer de Démosthène (5) la production de ce contrat jointe à l'existence d'un ὄρος élève une présomption absolue contre le défendeur. Et c'est évidem-

(1) *C. I. Gr.*, 578.

(2) Theophraste (*Charact.* XI) cite comme un trait du parcimonieux (μικρολόγος) qu'il va chaque matin s'assurer de l'existence de ses ὄροι.

(3) Cf. Platner, II., p. 305.— Meier, Schomann et Lipsius, p. 691.— *D. II. R. I.*, p. 138.— Guiraud, p. 286.— Hitzig, p. 70.

(4) *c. Onet.* II, § 4. — *c. Phén.*, § 5. — Pour la suppression des ὄροι par un créancier peu scrupuleux, cf. *c. Timoth.*, § 13.

(5) Démosthène, *c. Aristog.*, § 69 : « A ce sujet, vous devez, je crois, examiner la personne du débiteur et les points de droit soulevés par ce procès comme s'il s'agissait d'une dette particulière. L'un se prétend créancier, l'autre nie. Si l'on produit le contrat en vertu duquel les fonds ont été prêtés, si l'on montre les stèles encore debout, la mauvaise foi du défendeur qui nie vous paraît évidente. Si tous ces titres ont été supprimés, c'est contre le demandeur que vous portez votre jugement ». — Cf. Beauchet, p. 358. — Ce passage ne fait que confirmer le caractère accessoire des ὄροι. Leur production ajoutée à celle du contrat est un véritable luxe de preuve.

ment un procédé frauduleux quant aux conséquences qu'il produit que la suppression des $\delta\epsilon\iota$: l'absence ou l'enlèvement des enseignes hypothécaires peut en fait entraîner pour le créancier la déchéance de son droit.

Si la dette a été partiellement payée, l'inscription peut être réduite. En réalité il y a plutôt dans ce cas renouvellement d'inscription qu'inscription nouvelle. Nous en possédons un exemple intéressant à propos d'une dot ; nous y voyons que la seconde inscription remonte à la date de la première, afin que le créancier de la dot ne soit point exposé à se voir primé par des hypothèques inscrites entre la constitution de la dot et le renouvellement de l'inscription. C'est ce qui explique pourquoi l' $\delta\epsilon\iota$ renferme ici la mention d'une double date, celle de l'archontat d'Euxénippos et celle de l'archontat de Léostratos (1).

Comme les nôtres, les inscriptions hypothécaires des Grecs étaient nécessairement spéciales. Il en fallait une sur chaque maison et sur chaque fonds (2).

Néanmoins, dans l'ensemble, et bien qu'il fût préférable à la clandestinité hypothécaire de Rome, le système de la publicité hypothécaire était loin d'être organisé avec la même précision que dans le droit moderne.

Les $\delta\epsilon\iota$ eux-mêmes disparaissent au milieu du III^e siècle avant notre ère, et, à partir de cette date, nous ne savons rien de précis sur les moyens employés pour révéler les charges hypothécaires.

(1) *C. I. A.*, II, 1137 et *D. H. R.*, I, p. 110, n° 17.

(2) *Beauchet*, p. 359.

SECTION III

SES EFFETS

CHAPITRE PREMIER

Avant l'échéance de la dette

Il convient ici de distinguer les trois formes que peut revêtir l'hypothèque : *πρᾶσις ἐπὶ λύσει*, gage et hypothèque au sens strict du mot.

I. — En cas de *πρᾶσις ἐπὶ λύσει*, l'effet le plus immédiat de la constitution de sûreté réelle est le transfert de propriété. Il n'est même pas nécessaire pour cela que le créancier acquière la possession de la chose. Seulement le transfert de propriété est affecté d'une condition résolutoire. On rencontre des textes où aucun délai n'est fixé pour le rachat. Mais, comme il est inadmissible que le débiteur ait eu indéfiniment le droit de ressaisir la propriété, on est d'accord pour conclure qu'en l'absence d'une clause spéciale le terme de rachat se confond avec le terme fixé pour l'échéance de la dette (1). La chose est d'autant plus vraisemblable que le prix du bien vendu est précisément représenté par la créance à laquelle la vente sert de garantie.

La vente, dans le droit grec, emporte *ipso jure* transfert de propriété, sous cette seule réserve, indiquée par Théo-

(1) Démosthène, c. *Apatour.*, § 8. — Cf. *Inscr. d'Amorgos* (*Athen. Mittheil.*, I, p. 346). — Cf. Beauchet, p. 258. — Cf. Hitzig, p. 80. Ce dernier auteur croit que lorsqu'un fonds est vendu *ἐπὶ λύσει* sans indication de délai et reloué immédiatement par l'acheteur au vendeur, ce dernier a un droit de rachat perpétuel, parce que le créancier la plupart du temps n'est pas intéressé à rentrer en possession de son capital et qu'il considère l'opération comme un placement d'argent. Il y a dans cette idée quelque exagération provenant de ce qu'Hitzig considère toujours la chose donnée en garantie comme un succédané pur et simple de la créance. Lipsius (*Meier et Schomann*), p. 703 a fait valoir avec raison que les contrats de louage étaient conclus d'ordinaire pour un certain temps.

phraste et dont il faut point s'exagérer la portée, que le prix doit avoir été payé intégralement (1). Théophraste, il est vrai, parle également des formalités exigées par la loi. Sur le premier point, on sait que la loi des XII Tables subordonnait également l'acquisition de propriété au paiement du prix (2). Toutefois le droit romain assimilait au paiement du prix la dation d'un gage ou d'un fidéjusseur. Théophraste, dans le fragment très concis dont nous parlons, a très bien pu n'envisager que le cas le plus général (3). La question au reste n'aurait d'importance que dans des hypothèses dont nous n'avons pas d'exemple : il faudrait supposer une vente à réméré conclue sans que la somme dont elle garantit le paiement ait été intégralement versée. Plus importante serait la seconde restriction. Faut-il penser que, là où la loi a établi certaines opérations de publicité, ces opérations sont nécessaires à la consommation de la vente par transfert de la propriété ? Dans notre droit moderne, c'est la transcription qui réalise le transfert vis-à-vis des tiers. Mais la validité du transfert *inter partes* ne dépend pas de la transcription. On a pensé qu'il en était autrement en Grèce (4). Mais aucun texte ne justifie cette assertion. Et Théophraste ne dit rien de pareil. Il faut donc hésiter à admettre une solution aussi anormale.

Propriétaire régulier, l'acquéreur ἐπιλύσει peut accomplir tous les actes du maître. Non seulement il fait valablement tout ce qui concerne l'administration, mais il peut même aliéner.

(1) Theophraste, *fragm. cit.*, κυρία δὲ ἡ νόη καὶ ἡ πρᾶσις εἰς μὲν κτῆσιν ὅταν ἡ τιμὴ δωθῇ καὶ τὰ ἐκ τῶν νόμων ποιήσωσιν οἷον ἀναγραφὴν ἢ ὄρκον ἢ τοῖς γείτοσι τὸ γινόμενον, εἰς δὲ τὴν παράδοσιν καὶ εἰς αὐτὸ τὸ πωλεῖν ὅταν ἀραβῶνα λάβῃ.

(2) *Instit.* II, 1, 41 : venditae res et traditae non aliter emptori acquiruntur quam si is venditori pretium solverit.

(3) En sens contraire, Caillemet, *Le Contrat de vente à Athènes, Revue de Législation*, 1870-71, pp. 644 sqq. — Il est même certaines localités où la règle indiquée par Théophraste ne s'appliquait pas. Cf. *Reg. de Ténos*, § 34. D'après certains, ce texte mentionne une πρᾶσις ἐπιλύσει. La propriété était bien passée au vendeur mais sous la condition que le fonds serait affecté au paiement du prix. Hitzig cependant (p. 36) a très justement remarqué que les deux ventes sont séparées par un assez long intervalle. Du reste les expressions employées par Théophraste dans ce fragment sont assez flottantes. Οἱ πολλοὶ νομοθετοῦσιν, dit-il dans un autre passage.

(4) Dareste, *Revue de Législation*, 1870, p. 282. Le même auteur semble d'ailleurs, plus tard, revenir sur cette interprétation (*D. H. R.*, I, p. 104).

S'il laisse le débiteur en possession, il s'expose à des détournements. En pareil cas, le créancier, qu'il ait ou non laissé la possession au débiteur à titre de précaire, peut se faire remettre immédiatement la chose, ou prendre toute autre mesure pour sauvegarder ses droits (1). On sait que le nouveau propriétaire afferme d'ordinaire l'immeuble moyennant le paiement d'une rente annuelle (2). Le créancier peut toujours rompre le contrat de bail et retirer au débiteur la possession de l'immeuble si les fermages ne sont point régulièrement payés. En tout cas la *δικη εξόλης*, qui équivaut à un *interdictum adipiscendae et recuperandae possessionis*, appartient au créancier hypothécaire troublé dans sa possession (3).

En cas de trouble occasionné par des tiers ayant des droits sur la chose, le créancier acquéreur à réméré est dans la situation juridique d'un acheteur ordinaire. Il peut appeler son vendeur en garantie (*βεβαιωσις*) et en cas de succès du tiers réclamer le remboursement du prix et demander indemnité (4). La loi de Gortyne accorde dans ce cas une action au double (5). D'ordinaire le vendeur fournit pour son obligation de garantie des cautions de vente, *βεβαιωτῆρες*. Il faut s'attendre à retrouver des cautions en cas de *πρῶσις ἐπὶ λύσει*. En revanche ces cautions faisaient défaut là où le

(1) Démosthène, *c. Apatour.*, §§ 9 et 10. — Cf. Hitzig, p. 138, n. 3.

(2) Cf. Caillemet, *Contrat de louage*, p. 26. — Dareste, *Plaid. civ.*, I, p. 248. — Cf. pour le droit romain Gaius, *Instit.*, II, 60 et Accarias, *Précis de droit rom.*, I, n° 285. Si le débiteur demeure sur le fonds après la vente, les tiers sont avisés de l'opération par les *ἕροι* ou par les registres.

(3) Platner, II, pp. 291 sqq. — Meier, Schomann et Lipsius, pp. 605 sqq. — Dernburg, *Pfandrecht*, pp. 74-75.

(4) Voir sur la garantie d'éviction dans la vente du droit grec. Meier Schomann et Lipsius, II, pp. 717 sqq. — Isée *De Diceog. her.*, § 22 sqq., où l'on ne voit malheureusement pas très bien si Micion, actionné en garantie par Diceogène, appartient aux *θέμενοι* ou aux *πρίζμενοι* dont il a été précédemment question. La première solution cependant est plus vraisemblable, car Diceogène n'aurait pas eu intérêt, si Micion avait été simplement son acheteur, à prendre parti pour lui plutôt que pour l'orateur, qui était aussi son ayant cause en vertu d'une transaction régulière. Il avait au contraire plus d'intérêt, pour soutenir son crédit, à appuyer un créancier hypothécaire. C'est ainsi que semble avoir compris Dareste (*Les plaidoyers d'Isée*, 1898, note sur le § 22 de *Diceogène*). Cf. le passage assez explicite du *c. Pantenète* (§ 12).

(5) IV, *in fine* (*D. H. R.*, I, § 38).

créancier était déjà d'un autre côté assuré contre le risque (1).

On a parfois nié que l'acquéreur ἐπὶ λύσει ait eu sur la chose un droit de disposition. On s'est à cet effet appuyé sur le *contre Panténète*, où l'on a voulu voir la preuve qu'avant l'expiration du délai fixé pour le remboursement, le créancier ne pouvait vendre sans le consentement du débiteur (2). Panténète a vendu à réméré à Mnésiclès, Mnésiclès vend ensuite à Evergos et Nicobule, et nous voyons Panténète intervenir à cette vente. Mais en réalité, ce n'est pas pour la rendre valable. Il intervient parce qu'il est intéressé à l'opération au prix de laquelle il va pouvoir se débarrasser de son créancier Mnésiclès. Le texte sans doute ne prouve pas que le créancier puisse vendre sans le concours du premier aliénateur ; mais il ne prouve nullement le contraire. Il en est de même au § 30 où Panténète supplie maintenant Evergos et Nicobule de se porter vendeurs, toujours pour servir ses propres fins. Ce n'est pas à dire que son intervention était nécessaire pour rendre la vente valable au cas où les acquéreurs ἐπὶ λύσει auraient eu le désir de la conclure. Quant au texte du *Registre de Ténos* (3) que l'on a invoqué dans le même sens, il n'est pas convaincant. Trois personnes vendent une maison à un certain Artymachos ; elles l'ont achetée d'Euthygénès. Or la vente se conclut συνεπινοῦντος καὶ συμπωλοῦντος Εὐθύγενους. Nous ne savons pas exactement de quelle opération il s'agit dans ce texte ; et l'on ne peut que gratuitement supposer qu'il est question d'une πρᾶσις ἐπὶ λύσει.

Le *contre Apalourios* parle d'ailleurs en sens contraire (4).

(1) Cf. *Reg. de Tenos*, § 30, analysé par Hitzig, pp. 79-80. Un auxiliaire de la vente fait défaut dans ce texte, non, comme on l'avait cru (*D. H. R.*, I, p. 95, n. 3), parce qu'il s'agissait d'un prêt auquel était intervenu un tiers, mais parce que Pythocrates, que l'on avait pris à tort pour un vendeur, n'est qu'un débiteur corréal. Δάνειον se rapporte bien à la vente actuellement conclue entre Euthytes et Archis. Mais un cautionnement devient inutile, par suite de l'obligation assumée par Pythocrates.

(2) Démosthène, *c. Panten.*, §§ 5, 29 sqq. — Cf. *D. H. R.*, I, p. 84 § 44. — Hitzig, pp. 75-77. — En sens contraire, Szanto, p. 288 ; point de vue moins clairement exprimé chez Meier, Schomann et Lipsius, p. 694, n. 590.

(3) § 44.

(4) § 10 : παρέδωκα τὸ ἐνέχυρον, ainsi s'exprime l'orateur, créancier acquéreur ἐπὶ λύσει. — On ne sait comment Hitzig (p. 77) a pu voir dans ce texte un accord entre le créancier et Apalourios.

On y voit un créancier vendre ses gages dans la mesure où l'opération est nécessaire pour le couvrir (1). — L'acquéreur ἐπὶ λύσει peut donc aliéner, mais, propriétaire sous condition résolutoire, il ne transmet pas à son vendeur un droit incommutable. Le tiers acquéreur se trouve seulement substitué à ses prérogatives et à ses obligations. En un mot la règle *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet* trouve ici son application (2).

Rien ne s'oppose d'ailleurs à ce que le vendeur ἐπὶ λύσει aliène de son côté le droit de propriété sous condition suspensive qui lui revient. C'est ainsi que Panténète a sur son fonds un droit qu'il pourrait aliéner. Mais précisément personne ne se soucie de le prendre pour vendeur (3).

II. — Le gage confère la possession et non la propriété. Pour acquérir ou pour conserver cette possession, le créancier gagiste peut user immédiatement du moyen auquel le créancier hypothécaire ordinaire ne peut recourir qu'à l'échéance : le δίκην ἐξούλης. Mais qu'advient-il de la jouissance ?

On a conclu d'un passage de Démosthène (4) que, dans tous les cas où la chose engagée est par sa nature susceptible de jouissance par le créancier, le gage équivaut à une antithèse tacite, la jouissance de la chose représentant les intérêts de la somme due (5). Le même résultat serait ici automatiquement atteint qui exige en cas d'hypothèque la conclusion d'un contrat de bail. Dans le cas contraire, lorsqu'il n'y a pas de produit à tirer de la chose, le gage aurait vis-à-vis du créancier le caractère d'un dépôt. Il n'y a cependant rien d'analogue dans le droit Grec au *furtum usus* du droit romain. Le créancier gagiste peut se servir de la chose (6), mais sans qu'il y ait compensation entre les inté-

(1) Cf. *Inscr. d'Amorgos* (*At'hen. Mith.*, I., pp. 346 sqq), où il n'est pas question du consentement du premier aliénateur, dont les droits cependant ne sont point périmés. (ὁ ἔχει θέμενος).

(2) En ce sens Beauchet, p. 244.

(3) c. *Panten.*, § 30.

(4) Démosthène, c. *Aphob.* I, § 24.

(5) Hitzig (p. 96) cite en ce sens une disposition du *Code syro-romain*, vers. armén., § 133. — Cf. Beauchet, p. 284.

(6) Beauchet, *loc. cit.*

rêts et la jouissance. Ce dernier point est attesté par un texte irréfragable, ou l'on voit un individu emprunter une somme de seize mines sur une coupe qu'il ne pourra dégager, après un temps assez court, que contre une somme de vingt mines (1).

Mais nous ne comprenons pas très bien la distinction introduite entre deux sortes de gage. Le *contre Aphobos* n'est pas un texte suffisant pour établir qu'il y a compensation, même sans stipulation spéciale, entre les intérêts de la créance et le profit tiré du gage. Le silence de Démosthène en ce qui concerne le premier chef n'est pas probant à lui seul. D'autre part en quoi l'exemple de ce plaidoyer diffère-t-il de celui de Lysias ? Il s'agit chez Démosthène d'esclaves. L'utilisation d'une coupe n'est-elle point analogue à l'utilisation d'un esclave ? (2).

III. — L'hypothèque proprement dite ne confère au créancier ni la propriété ni la possession. Le débiteur constituant demeure maître de la chose. Peut-il aliéner le gage ? Le droit grec paraît repousser une aliénation à laquelle le créancier hypothécaire ne consentirait pas et la déclarer nulle. Sans doute, on ne saurait guère tirer argument de la loi de Gortyne, parce que l'interdiction d'aliéner que nous y trouvons se réfère à un cas très particulier (3). En revanche, pour l'Attique nous possédons un texte difficile à récuser, c'est le *contre Nicostrate* (4). « Aréthousios ne permet à personne ni d'acheter ni de prendre hypothèque, disant qu'il lui était dû de l'argent sur le fonds ». On a, il est vrai, cherché à contester ce texte (5) en prétendant qu'il s'agit d'une disposition contractuelle dérogatoire au droit commun, ou même que l'avertissement d'Aréthousios est dénué de valeur juridique. Mais la nécessité d'une autorisation

(1) Lysias, *De bon. Aristoph.*, § 25.

(2) Cf. ce que nous avons dit plus haut (sect. I, chap. II, § II) sur l'antichrèse.

(3) X, 25 sqq. ἄνθρωπον μὴ ὀνύθα(ι) καταλείμενον, πρὶν ἢ ἄ(ρ)υσέται ὁ καταθέτης. Il y a controverse d'ailleurs sur le sens du mot ἀρυσέται.

(4) c. *Nicostr.*, § 10.

(5) Pappulias, p. 122, suivi par Rabel, *Die Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders, besonders in den Papyri*, 1909. pp. 11 sqq.

serait d'ailleurs en plein accord avec la conception de l'hypothèque que nous avons déjà défendue. Le créancier hypothécaire a sur la chose un droit de propriété sous condition suspensive. Il est donc intéressé à tous les actes de disposition qui pourraient être faits sur ce bien. En effet l'aliénation par le débiteur d'une chose dont il avait et dont il a conservé la propriété et la possession serait vraisemblablement une aliénation définitive, et non une aliénation sous condition résolutoire comme celle de l'acquéreur ἐπὶ λύσει.

Les autres textes invoqués dans le même sens sont beaucoup moins clairs. Celui de Plutarque paraît n'avoir aucune portée juridique (1). On a vu encore que Ménécès, dans le plaidoyer d'Isée, se trouvait empêché par son frère de vendre un bien qu'il projetait d'aliéner, sous prétexte que ce bien était frappé d'un ὑποτίμημα au profit de mineurs. D'autres pensent avec plus de raison que l'opposition du frère de Ménécès était simplement basée sur un état d'indivision existant entre Ménécès et lui (2) (3).

Si nous voyons parfois le créancier faire directement défense aux amateurs d'acquérir l'immeuble hypothéqué, c'est sans doute parce que ces derniers, voyant sur l'immeuble les ὄροι qui manifestaient ses droits, lui avaient demandé son consentement.

Lorsque ce consentement est accordé par le créancier, quel effet convient-il de lui attribuer ? En droit romain la permission donnée par le créancier d'aliéner la chose hypothéquée implique sa renonciation à l'hypothèque, à moins qu'il n'ait réservé expressément son droit (4). Il n'en était probablement pas de même en droit grec (5). Les expressions

(1) Plutarque, *De vit. aer. al.*, § 8. τῶν χρεωστῶν οὐ πωλεῖ ἕκαστος... τὴν ἰδίαν οἰκίαν, ἀλλὰ τὴν τοῦ δανείσαντος, ὃν τῷ νόμῳ κύριον αὐτῶν πεποίηκεν.

(2) Isée, *De Menecl. hered.* § 28. — Cf. Hitzig, p. 109, n. 4. — Beauchet, p. 254. — Ces deux auteurs supposent gratuitement que le frère de Ménécès était cotuteur des enfants de Nicias. L'explication de Dareste est plus vraisemblable.

(3) Guiraud, *op. cit.*, p. 287, conteste la nécessité du consentement en s'appuyant sur une inscription du registre de Tenos (*D. H. R.*, I § 37) où le consentement est peut-être sous-entendu. — Cf. Platner, II, p. 305. — Dareste, *Plaid. civ.*, II, p. 201, n. 6. — Hermann-Thalheim, p. 103. — Hitzig, p. 162. — Beauchet, p. 255.

(4) *D.*, XX, 6, 7.

(5) Cf. *D. II, R. I*, p. 82, n° 37. — Hitzig, pp. 111 sqq. — *B. C. H.*, XIV, pp. 359 sqq.

employées ne disent pas autre chose que : promettre : et il paraît bien difficile de transporter ici la solution romaine.

L'acheteur de la chose hypothéquée succédait aux obligations de l'aliénateur. Mais dans quelles limites était-il tenu de ces obligations ? On a cru parfois qu'il n'était pas seulement tenu *propter rem* comme le tiers détenteur moderne, mais qu'il assumait les charges personnelles de son auteur. Ainsi s'expliquerait, a-t-on dit, le fait que le consentement du créancier est nécessaire. Celui-ci courrait en effet le risque de voir un insolvable substitué à son débiteur, auquel il a fait confiance (1). On s'est appuyé pour démontrer le fait sur deux inscriptions, de Ténos et de Délos (2). Dans la première, une maison hypothéquée par Pasiphon à Philémon est vendue par le débiteur à Énesias, et parmi les garants de la vente figure le créancier Philémon. Dans la seconde, un paiement fait au temple est mentionné de la manière suivante : Μνήσαλχος Τελεσερχίδου ὑπὲρ τῶν χωρίων τῶν ἐμ' Πασιφῶνι ἃ ἦν πρότερον Ζωισοπόλιδος δραχμαὶ κ. τ. λ. . Hitzig raisonne ainsi : Ou le débiteur n'obtient pas le consentement du créancier, et alors rien n'est changé, ni dans l'obligation ni dans l'hypothèque, ou bien au contraire le créancier consent à l'aliénation ; et alors l'hypothèque et l'obligation sont transférées en même temps sur le tiers acquéreur. Dans le cas de Ténos, la créance de Philémon s'élève vraisemblablement au montant du prix de la vente, prix que l'acheteur ne paie pas, mais dont il devient débiteur, personnel envers Philémon, au lieu et place d'Énesias, débiteur originaire qui a constitué l'hypothèque. Dans le second cas, Mnésalchos apparaît également comme substitué aux obligations du vendeur envers le temple. — En réalité le premier texte s'explique aussi bien si l'on admet une simple responsabilité *propter rem*. Le prix est indiqué dans l'acte comme prix et non pas comme montant d'une dette. Nous n'avons aucune raison de penser qu'il n'est pas réellement payé par Énesias à Pasiphon. La mention de l'hypothèque est simplement un rappel des charges pesant sur l'immeuble, qui sert

(1) Hitzig, *loc. cit.*

(2) *D. H. R.*, I, § 37 du *Reg. de Ténos*. — *B. C. H.*, XIV, p. 452.

en même temps à désigner cet immeuble d'une manière plus précise. — Quant à l'inscription de Délos, on a très justement fait remarquer (1) que Mnésalchos avait dû acheter avec le consentement du temple un immeuble hypothéqué à celui-ci. C'est parce que l'hypothèque a continué de grever l'immeuble entre ses mains qu'il se trouve tenu de payer ὑπὲρ τῶν χωρίων. Mais rien ne prouve que sa responsabilité s'étende au delà de la valeur du fonds. Enfin la responsabilité personnelle de l'acquéreur n'est pas la seule justification possible du droit du créancier à interdire la vente. Faute de paiement à l'échéance, le créancier pratiquera l'ἐμβάτευσις. Il ne lui est pas indifférent de savoir si, lors de cette opération qui consolidera ses droits sur la chose, il ne se trouvera pas en face d'un détenteur récalcitrant qui s'opposerait, de bonne foi d'ailleurs, à sa prise de possession. L'ἐμβάτευσις, comme nous le verrons, était un acte privé. Elle était aussi la source de bien des contestations et des procès.

Ce débiteur hypothécaire, qui ne peut aliéner, peut encore bien moins démolir la maison donnée en gage. D'une manière générale il ne peut diminuer par son fait la valeur de la chose hypothéquée. Ces solutions s'imposent, même en l'absence d'un texte précis. Le débiteur ne peut dissimuler ni soustraire la chose : il doit ἐμφανῇ παρέχειν, καθιστάναι εἰς τὸ ἐμφανές l'objet du gage (2). Quelquefois le contrat stipule une peine, comme celle de payer une double somme en cas de contravention (3). Même sans clause pénale, le créancier peut procéder à une sorte de saisie conservatoire, κατεγγυῶν (4), ou recourir à la δίκη εἰς ἐμφανῶν κατάστασιν qui correspond à l'*actio ad exhibendum*.

Si le constituant ou ses héritiers soulevaient une contestation à propos du principe de l'hypothèque, le créancier était à Athènes spécialement protégé contre lui par une loi parti-

(1) Beauchet, p. 257. — Dans le même sens, Pappulias, p. 125.

(2) Démosthène, c. *Dionys.*, §§ 3 et 38.

(3) *Ibid.*, § 38.

(4) On a cependant objecté parfois qu'il s'agit dans le *contre Apatourios* d'une πρᾶσις ἐπὶ λύσει et qu'on ne saurait en s'appuyant sur ce texte accorder aussi au créancier hypothécaire le droit de pratiquer une semblable saisie avant l'échéance.

culière (1). Sans doute les tiers peuvent attaquer l'hypothèque et prétendre qu'elle ne repose sur aucune obligation. Mais le débiteur ni ses héritiers ne sont fondés à le faire, parce que le débiteur, lors de la constitution d'hypothèque, a reconnu implicitement sa dette.

(1) Démosthène, *c. Spoud.*, § 7. — Cf. Burgkhardt, *De causa orationis adversus Spondiam demosthenicæ*, 1908, pp. 27 sqq. — Cf. Hitzig, p. 137. — Pappulias, pp. 100 sqq. — Lipsius (*Meier et Schomann*), p. 701.

CHAPITRE II

Après l'échéance

§ I — HYPOTHÈQUE UNIQUE

I. — En cas de *πρᾶσις ἐπὶ λύσει*, si le débiteur s'acquitte à l'échéance, le créancier est tenu de subir le réméré. Le débiteur peut exiger la restitution de la chose *in integro statu*. Mais ici plusieurs hypothèses sont susceptibles de se réaliser.

S'il y a eu perte de la chose pendant le délai prévu pour le rachat, à qui cette perte va-t-elle préjudicier ? Au créancier qui n'avait sur la chose qu'un droit provisoire et qui se trouvera tenu d'indemniser en conséquence le débiteur ? Au débiteur, qui tout en acquittant sa dette ne pourra ni rentrer en possession de la chose, ni obtenir pour ce fait compensation ? Nous n'avons sur ce point capital aucun texte. On a parfois raisonné ainsi : le créancier s'est déclaré satisfait de la prestation du débiteur. Si la chose périt, le débiteur est quitte, car il était *autorisé* mais non *tenu* à fournir en espèces le montant de son obligation. Telle est, a-t-on dit, la seule solution compatible avec les principes de la *πρᾶσις ἐπὶ λύσει* considérée comme une *datio in solutum* (1). — Ce ne sont là que des conjectures, auxquelles il est permis de faire voir que d'autres peuvent s'opposer. L'opération de la *πρᾶσις ἐπὶ λύσει* comporte une condition résolutoire ; cette condition résolutoire, c'est le paiement de la dette. Si donc ce paiement a été réellement effectué, l'aliénateur primitif redevient propriétaire, et il est censé l'être toujours demeuré. Par conséquent les risques de la chose doivent l'atteindre, à quelque moment qu'en remonte l'origine (2). S'il ne fait pas

(1) Hitzig, p. 78.

(2) Cette solution paraît s'imposer même si l'on n'admet pas l'idée d'une condition résolutoire. On considère alors en effet l'acquittement de la dette comme un acte indépendant de la revente, qui ressemblerait à la remancipation fiduciaire du droit romain. La dette peut dès lors être payée sans que la revente ait lieu, une circonstance fortuite l'ayant rendue impossible.

jouer la condition, l'acquéreur ἐπὶ λύσει demeure propriétaire et supporte les risques. Seulement rien ne prouve qu'il n'est pas en mesure, une fois le délai écoulé, de poursuivre par d'autres moyens le recouvrement de sa créance. C'est de cette manière que nous paraissent devoir s'expliquer les effets de la perte de la chose : en partant de l'idée de vente sous condition résolutoire, et non de l'idée de dation en paiement.

Ceci nous conduit à une seconde éventualité, sur laquelle nous nous trouvons être mieux renseignés. Si la chose a subsisté, le débiteur qui effectue le paiement en redevient-il *ipso jure* propriétaire, ou faut-il une revente? La plupart des critiques se sont prononcés en faveur de la seconde solution, mais sans fournir, croyons-nous, de raisons bien sérieuses (1). Leur principal argument est tirée du *Registre de Ténos*. Au § 46 nous y trouvons en effet la mention suivante : Φῶκος Φωκίωνος (Ῥ)ρυήσιος παρ' Ἀθηνᾶδου Ἀκριθέου (Ἡ)εστιᾶδου οὐ κύριος Ἀναξίθεος Ἀθηνᾶδου (Ἡ)εστιᾶδης ἐπράτο τὴν οἰκίαν καὶ τὸ χοῖρον τὸ ἐν Ἐλευθερίῳ δραχμῶν ἄργυρίου χιλίων τετρακοσίων ἃ ἀπέδωκε Φῶκος Ἀθηνᾶδαι δανειζόμενος παρ' Ἀθηνᾶδου χιλίας καὶ τετρακοσίας δραχμὰς οἷς γείτων Φαραῶ Νεοπολεμος. En réalité la formalité d'une transcription n'est exigée à Ténos que pour la validité au regard des tiers. Qu'on se représente en effet l'opération. Le montant de l'emprunt payé par le débiteur équivaut au prix du fonds. Il opère *hic et nunc* transfert de la propriété *inter partes*. (L'accord de volontés a été en effet déterminé antérieurement; sinon, l'expression de *πρῶτις ἐπὶ λύσει* n'aurait aucun sens). A Ténos donc l'opération est intermédiaire entre une revente et le jeu pur et simple d'une condition résolutoire. Il y a condition résolutoire soumise, quant à son efficacité à l'égard des tiers, à certaines conditions de publicité. Du reste la vente ici est simplifiée : c'est ainsi que nous ne trouvons pas de garants (2).

(1) Meier, Schomann et Lipsius, p. 103. — Hitzig, p. 106. — Beauchet, p. 245. On s'est appuyé notamment sur un passage du *Philoctémon* d'Isée (§§ 33-34). οἰκίαν... ὑποκειμένην ἀπ' ὧσε τῷ ἱεροφάντῃ. ἔτι δὲ αἱμας ἀπέδοτο σὺν τῷ αἰπώτῳ τριῶν καὶ δέκα μνῶν, καὶ ζεύγῃ δύο ἄρκα, τὸ μὲν ἡκτὼ μνῶν τὸ δὲ πεντήκοντα καὶ πεντακοσίων δραχμῶν, καὶ δημιουργοὺς ὅσοι ἦσαν αὐτῷ, σύμφωνα δὲ πλείονος ἢ τριῶν ταλάντων, ἃ πρῶτῃ, διὰ ταχίων πάνυ τελευτήσαντος Φιλοκτήμονος. — Mais rien ne prouve que le mot *ἐπράθη* se rapporte également à la première opération.

(2) *D. H. R.*, I, p. 98.

Enfin le créancier peut avoir vendu la chose à un tiers. Dans ce cas le débiteur est-il admis à revendiquer? Non, semble-t-il, puisque le jeu de la condition résolutoire n'est pas valable à l'égard des tiers. Il doit actionner directement son cessionnaire. En revanche il peut certainement exercer la δίκη συνθηκῶν παραβάσεως, et contre le tiers acquéreur l'action βλάβης, car celui-ci est tenu des mêmes obligations que son vendeur (1).

C'est encore la δίκη συνθηκῶν παραβάσεως qui sert au débiteur contre le créancier récalcitrant pour obtenir la remise de la chose. En cas de faute de sa part, il a contre lui l'action βλάβης.

Que si à l'échéance le débiteur ne paie point, la propriété du créancier se consolide automatiquement. L'efficacité de la condition n'est soumise, en ce qui concerne les parties, à aucune formalité spéciale. Le débiteur en retard ne devait sans doute pas être admis par la loi à s'acquitter. Nous avons, il est vrai, dans le *contre Apatourios* un exemple de débiteur s'acquittant après le terme. Mais il est à remarquer que dans ce texte les créanciers n'ont ni la propriété ni la possession du gage et qu'ils se trouvent simplement sur le point de réaliser l'ἐμβάτευσις (2). Encore ne sait-on pas s'il n'y a pas eu complaisance de leur part à accepter un paiement tardif.

II. — Ce sont des questions analogues qui reparaissent à propos du gage mobilier. Tout d'abord, on a dit que, si le créancier avait la jouissance du gage, il supportait, en vertu d'une sorte de compensation, les risques de la chose engagée. Et l'on a invoqué en ce sens un texte de Lysias (3) qui

(1) Cf. autres systèmes, Hitzig, p. 106, Beauchet, p. 249. — Cf. Beauchet, IV, p. 417.

(2) c. *Apatour*, § 6. — Cf *infra*.

(3) Lysias, *Accus. obtrect.*, § 3. — Cf. Hitzig, p. 96. — Beauchet, p. 285. Ce dernier auteur cherche à récuser le texte en argumentant de ce qui a lieu dans l'hypothèque, où la perte de la chose, si elle anéantit la sûreté du créancier, ne préjudicie pas à son droit de créance. Or il semble que la possession du gage, conférée au créancier dans une pensée de faveur, ne peut être pour lui la source de risques nouveaux. — Cet argument est peu convaincant, car il se rattache toujours à l'idée qu'il y a, du gage à l'hypothèque comme de la πᾶσις ἐπὶ λύσει au gage, un progrès continu, accompli dans le même sens.

n'est pas parfaitement clair. Il semble être affirmé que s'il y a eu perte de la chose, le créancier gagiste n'a aucun droit à recevoir son argent ; c'est du moins ce qu'il s'entendrait dire par le débiteur : ὡς οὐ δικαίον με εἶναι κομισσάσθαι τὸ ὑπερβέβαιον. (1). Nous serions disposé à voir dans ce texte une confirmation des idées que nous avons avancées déjà. Le débiteur se refuse à payer parce que ce paiement est la condition qui, en même temps que la possession ferait rentrer dans son patrimoine la propriété incommutable d'une chose inexistante ou détériorée. Il déclare qu'il serait injuste que le créancier reçût dans ces conditions l'argent de sa créance. Ce faisant, il consolidera le droit du créancier gagiste sur la chose. Ce créancier pourra, il est vrai, recourir pour obtenir paiement aux voies ordinaires d'exécution. Mais nous ne savons pas si elles seront pour lui une ressource réelle. Si au contraire ce débiteur payait volontairement malgré la dépréciation du gage, il n'y aurait place à aucun règlement : et c'est à lui que cette dépréciation préjudicierait.

En dehors du cas de perte, le débiteur qui rendait la somme empruntée pouvait contraindre le créancier à lui restituer le gage. En cas de résistance du débiteur, il avait contre lui la δίκη παρακαταθήκης (2). Lorsque le créancier a manqué aux obligations dont il était tenu envers le débiteur, lorsqu'il a par exemple détérioré le gage, le débiteur peut recourir, comme dans le cas de πρῶτος ἐπὶ λῆψει, à la δίκη συνθηκῶν παραχάσεως et à la δίκη βλάβης.

A défaut de paiement, le créancier gagiste acquiert la propriété, sans avoir besoin, comme le créancier hypothécaire, de recourir à une ἐμβάτευσις. L'ἐμβάτευσις n'est nécessaire qu'à celui qui n'a pas la possession. Mais dans le cas du gage, le

(1) Cf. pour une interprétation tout à fait différente de ce texte, Caillemer, v° *Anagogsè dikè* (*Daremborg et Saglio*). D'après cet auteur, il s'agirait dans ce texte, non de la restitution d'un gage, mais d'une action résolutoire. Polycèles s'était engagé à fournir un cheval à son créancier en nantissement d'une créance de douze mines. L'animal qu'il livra venait de faire campagne et les fatigues de la guerre l'avaient affaibli. Le créancier aurait résolu d'agir contre le débiteur par l'ἀναγωγή étendue de la vente au gage.

(2) Dernburg, I, p. 75. — Meier, Schomann et Lipsius, p. 696. — Hitzig, pp. 116 et 142. — Beauchet, p. 286. La δίκη παρακαταθήκης était l'action accordée au déposant. Le droit grec n'avait pas d'*actio pignoratitia in personam* spéciale.

droit de propriété sous condition suspensive du créancier se réalise de lui-même. La question qui pourrait se poser est celle de savoir si la transformation de la possession en propriété exigeait un certain délai. Aucun texte ne le mentionne.

Ce qui se passe dans la prise de gage est comparable à ce qui se passe en cas de constitution de gage conventionnelle. Et les effets sont peut-être analogues. Tout d'abord, comme la constitution de gage, l'ἐνεχυράσις est un acte privé (1) (2). On a prétendu parfois que la prise de gage exigeait l'intervention du démarque. On a invoqué en ce sens divers textes qui n'emportent pas conviction; et l'intervention du démarque n'était vraisemblablement nécessaire que pour faire ouvrir la porte du débiteur, le domicile étant, en droit attique au moins, inviolable (3) (4). — Le créancier peut saisir tous les meubles, le matériel d'exploitation, les bestiaux, les esclaves (5). Mais il doit respecter les objets constituées en dot par la femme du débiteur (6). Après la saisie, il semble

(1) Cette analyse de l'ἐνεχυράσις devrait normalement figurer au chap. I de la sect. II. Nous l'avons placée ici pour permettre une comparaison avec l'ἐμθάτευσς.

(2) L'ἐνεχυράσις était la principale voie d'exécution des jugements. Au bout d'un certain délai, que nous ne connaissons pas (le délai était fixé soit par une loi qui n'était pas d'ordre public, et à laquelle les parties pouvaient déroger conventionnellement, (c. *Everg. et Mnesib.*, § 50), soit, plus vraisemblablement par le juge) le perdant devenait ὑπερήμερος et le gagnant pouvait exécuter la prise de gage.

(3) Harpocraton, νῶ δῆμαρχος. — Suidas, *ibid.* — Quant à la scholie sur Aristophane, *Nub.*, 37, on y voit que le rôle du démarque est d'introduire (ἀγαγεῖν). — Toutefois ce texte dit d'autre part οἱ δῆμαρχοι ἐνεχυράζον. — Cette considération nous ferait pencher en faveur de la séduisante hypothèse de Hitzig, indiquée plus loin.

(4) Lorsque la saisie est pratiquée au nom de l'État, ou dans l'intérêt de l'État, l'exécuteur judiciaire peut se faire accompagner par des agents de l'État et notamment par les Onze. (Démosthène, c. *Androt.* §§ 49, 52, 54, 56. — c. *Timocr.*, § 197. — Cf. c. *Everg. et Mnesib.*, § 35, où intervient, dans un rôle d'ailleurs très effacé, puisqu'il ne semble pas coopérer à la prise de gage, un ὑπηρέτης τῆς ἀρχῆς, sur l'identité duquel il y a doute (Cf. Beauchet, pp. 227 sqq).)

(5) Démosthène, c. *Everg. et Mnesib.*, §§ 52, 54, 57, 81. — Lorsque la créance qui sert de fondement au jugement a pour objet une chose mobilière déterminée, c'est cette chose que le saisissant appréhende en premier lieu (c. *Olymp.*, § 27).

(6) c. *Everg. et Mnesib.*, § 80. — On a dit parfois que le créancier ne se faisait pas faute de prendre des gages sur les parents du débiteur et l'on a invoqué ce même discours, mais en en forçant le sens. — La résistance du débiteur s'appelle ἐξαγωγή. Il est probable qu'en ce cas le créancier pouvait employer la δίκη ἐξουλή.

qu'il puisse être encore désintéressé et obligé à rendre les objets saisis. Mais nous ne savons pas quel est le délai accordé au débiteur.

Hitzig a supposé qu'il y avait deux formes de prise de gage, l'une purement privée, l'autre officielle. Il rappelle la procédure de la *Loi Salique*, où l'on voit figurer le comte et les rachimbours estimant les objets saisis. Si le créancier opte pour ce mode de saisie, il devient aussitôt propriétaire des objets saisis, car les rachimbours sont chargés de veiller à ce que la valeur de ces objets ne dépasse pas le montant de la créance. Peut-être en était-il de même en cas d'intervention du démarque? Dans le cas contraire, on pourrait penser, ou bien que la transformation de la possession en propriété ne s'opérait qu'après un délai assez long, ou bien que l'ἐνεχυρασμία équivalait à une simple mesure de contrainte. Nous sommes trop peu documentés sur ce point pour faire autre chose que des conjectures. Notons au moins que la distinction proposée par Hitzig est des plus tentantes. Et relevons surtout qu'en faveur de la vente du gage on n'a pu faire valoir d'arguments sérieux. On ne saurait guère s'appuyer en ce sens que sur un texte de Platon, qui est un texte irréal, ou sur une inscription relative au tarif des impôts de la ville de Palmyre, qui est un texte de droit public (1) — Et il ne suffit pas de dire (2) que le *pignus captum* est un gage public, puisque son caractère privé est au contraire très marqué.

III. — La question des risques est simplifiée en cas d'hypothèque. Si la chose a péri par suite d'un cas de force majeure, l'hypothèque n'a plus d'effet. Il en est de même si le paiement intervient en temps utile; la chose se trouve libérée de toute charge.

(1) Platon, *Lois*, XII, 949 d. — Dessau, *der Steuertarif von Palmyra*, *Hermes*, XIX, pp. 486 sqq : ἐξέστω τῷ δημοσίῳ πωλεῖν ἐν τόπῳ δημοσίῳ χωρὶς δόλου. — De même le règlement des temples déliens de l'an 279 av. J.-C. dispose que, si les fermiers du temple ne paient pas exactement leurs loyers, il y aura saisie et vente d'abord des bœufs, moutons et esclaves, puis, en cas d'insuffisance, de tous biens quelconques appartenant au défaillant ou à ses cautions (*B. C. II.*, XIV, p. 433).

(2) Mitteis, *Grundzüge*, p. 130, note.

Si le débiteur ne paie pas à l'échéance, il se trouve placé dans une situation juridique que nous ne connaissons que très imparfaitement et qui reçoit dans les textes le nom d'ὑπερημερία (1). Nul texte ne nous dit si l'ὑπερημερία est automatiquement déclanchée ou si une sommation du créancier est au contraire nécessaire pour la faire naître. Les Grecs ont-ils admis dans l'espèce la règle *dies interpellat pro homine*? On peut le supposer, puisqu'il s'agit simplement d'une condition qui se réalise. Sans doute nous avons vu qu'en matière hypothécaire au sens large, l'efficacité des conditions était parfois subordonnée à l'emploi de certaines précautions (2). Mais cette efficacité était l'efficacité envers les tiers, ces précautions étaient des précautions de publicité. L'ὑπερημερία n'intéresse que les rapports du créancier et du débiteur.

L'ὑπερημερία n'est d'ailleurs qu'un point de départ. Elle peut servir de fondement à une saisie. Mais on n'en tire pas toujours tous les effets juridiques qu'elle comporte. Le débiteur en retard peut encore payer, pourvu que l'ἐμβάτευσις n'ait pas été consommée (3).

C'est dans l'ἐμβάτευσις ou ἐμβατεία que le droit hypothécaire s'achève. L'ἐμβάτευσις est une saisie, qui, à beaucoup d'égards, ressemble à l'ἐνεχυρασία (4). Toutefois l'ἐμβάτευσις peut certainement être pratiquée sans délai (προθεσμία) après l'échéance. Il appartient donc au créancier de réduire à néant le temps de l'ὑπερημερία. C'est que le délai rencontré en cas d'ἐνεχυρασία était assimilable à un délai de grâce octroyé au débiteur par le juge. En matière hypothécaire, la situation des deux parties a été réglée définitivement au moment du contrat. On pourrait, il est vrai, argu-

(1) Démosthène, *c. Apat.*, §§ 6-8, etc. — Cf. Hitzig, pp. 81-82.

(2) Cf. *supra*, § 1.

(3) *c. Apat.*, § 6. — On serait tenté d'assimiler l'ὑπερημερία à la *mora* des Romains, et de dire qu'elle met les risques de la chose hypothéquée à la charge du débiteur, mais aucun texte ne permet d'aller jusque-là.

(4) Cf. *Lexicon Rhetoricum* (Bekker). ἐμβατεία ἔστιν τὸ τὸν δανειστὴν ἐμβατεῦσαι καὶ εἰσελθεῖν εἰς τὰ κτήματα τοῦ ὑποχρέου ἐνεχυρίζοντα τὸ δάνειον. — Il n'y a pas lieu en tout cas de rapprocher de l'ἐμβάτευσις la saisie conservatoire qui peut être faite par le créancier hypothécaire avant l'échéance.

menter du document contenu dans le *contre Lacrite* (1). Il y est dit qu'à défaut de paiement au terme convenu, les prêteurs pourront se mettre en possession du gage. S'il fallait une clause spéciale, c'est donc que le droit commun ne permettait pas la saisie immédiate. Mais, outre que ce document suspect a sans doute été inséré à une époque postérieure dans le discours, il ne parle pas de la saisie ordinaire avec acquisition de propriété, mais de la vente du gage. Et cette phrase est expliquée par la suivante. Il s'agit beaucoup moins dans ce texte d'une véritable hypothèque que d'une clause exécutoire, qui porte sur certains biens d'abord, sur le reste du patrimoine ensuite. Quant au délai de vingt jours dont il est question antérieurement, il se réfère plutôt à l'échéance de la dette qu'à l'exécution (2) (3).

Plus encore que l'ἐνεργητικὴ, l'ἐμβύτευσις est un acte purement privé (4), dans lequel le créancier ne se trouve être assisté par personne.

Mais quels en sont les effets juridiques ? Nous nous trouvons ici en face de deux systèmes opposés. Selon les uns, le créancier n'acquiert par l'ἐμβύτευσις que la possession de la chose, sauf pour lui le droit de la vendre ultérieurement et de se payer sur le prix (5). Selon les autres, le créancier qui a opéré l'ἐμβύτευσις devient *hic et nunc* propriétaire de la chose (6).

En fait les textes nous disent que l'ἐμβύτευσις confère le droit de ἔχειν καὶ κρατεῖν (7). Les partisans de la première

(1) § 12.

(2) On a proposé d'y voir une application du délai appliqué depuis les temps les plus anciens dont il est question dans la *Novelle* 106.

(3) Lorsque le débiteur délaisse le bien hypothéqué, il semble que par exception le créancier puisse prendre possession avant l'échéance — Cf. loi d'Ephèse (*D. H. R.*, I, pp. 38 sqq, §§ 22 et 47).

(4) En ce sens, Hitzig, p. 81. — Beauchet, p. 264.

(5) Büchsenenschütz, op. cit. pp. 491 492. — Szanto, *art. cit.* p. 281 sqq. — Pappulas, p. 134.

(6) Dareste, *N. R.* II, 1877, pp. 171 et 172. — Gairaud, p. 289. — Lipsius, *Von der Bedeutung des griechischen Rechts*, p. 30. — Hitzig, pp. 82 sqq. — Beauchet, p. 266, etc.

(7) ἡ μὲν οὐσία ὑπόχρεως ἦν ἅπαντα καὶ ὅροι αὐτῆς ἔστασαν καὶ ἄλλοι ἐκράτουσιν (Démosthène, c. *Timothee*, § 11). Cf. c. *Zenoth*, § 14 (ἔχειν) ; c. *Panten*, § 10 (ἔχειν καὶ κρατεῖν). Cf. *D. H. R.*, I, ὅροι n° 62 et 63. Le mot ἔχειν est employé à la fois pour caractériser les droits du vendeur et pour définir ceux du créan-

théorie ont cherché à faire voir que ces mots pouvaient s'appliquer à la simple possession. Mais rien de très sérieux n'a été dit en ce sens (1). On a argumenté aussi parfois du *contre Apatourios*, où il semble être affirmé que le débiteur paie une fois l'ἐμβάτευσις pratiquée. C'est donc, a-t-on prétendu, que le créancier n'avait acquis par cet acte que la possession (2). Mais il a été très justement remarqué que l'imparfait ἐνεβάτεον appliqué aux créanciers pouvait s'entendre comme un imparfait *de conatu*. Les créanciers étaient seulement sur le point de réaliser l'ἐμβάτευσις. Peut-être enfin le texte signifie-t-il simplement que les créanciers, même après avoir acquis la propriété de la chose, s'en dessaisissent, parce qu'ils préfèrent recouvrer leur créance en argent (3).

Contre la résistance ou les empiètements du constituant, le créancier qui pratique l'ἐμβάτευσις est protégé par le δίκη ἐξούλης; et il peut également faire usage de cette action à l'encontre des tiers (4). La δίκη ἐξούλης, qui est signalée en dehors d'Athènes par une inscription d'Arkésiné, dans l'île d'Amorgos (5), dut se rencontrer dans de nombreuses législations grecques. Les lexicographes rattachent l'étymologie de ἐξούλης à ἐξάλλειν qui signifie repousser (6). Mais on n'est pas d'accord sur l'origine ni sur la fonction primor-

cier hypothécaire, dans l'inscription d'Amorgos (*Ath. Mitth.*, I, 346) Cf. une inscription de Delphes portant que si les emprunteurs ne restituent pas à l'époque fixée la somme qu'ils ont empruntée à la ville τὰ ἐνέχυρα αὐτῶν τὰς πόλιος ἔστω (*B. C. H.*, V, p. 165).

(1) Cf. Hegesippe, *De Halonnes*, § 26 ἔστι γὰρ ἔχειν καὶ τάλλοτριὰ, καὶ οὐκ ἅπαντες οἱ ἔχοντες τὰ αὐτῶν ἔχουσιν. — Pappulias, *loc. cit.* — Mais ce qu'on n'a pas expliqué, c'est la jonction des deux termes, ἔχειν et κρατεῖν. — Pappulias a eu le tort de recourir aux papyrus pour résoudre cette question de droit classique. Nous ne pouvons le suivre sur ce terrain.

(2) On pourrait aussi soutenir que l'ἐμβάτευσις ne procure d'abord que la possession et met le créancier vis à vis du débiteur dans la situation d'un créancier gagiste, celui-ci pouvant jouir des objets saisis en compensation des intérêts qui lui sont dus *propter moram*. — Cf. Hitzig p. 101. — Beauchet, p. 291. Mais aucun texte ne permet de croire à cette complication.

(3) Il n'y a pas lieu de s'attacher à cette circonstance que les créanciers auraient vivement désiré la propriété du navire; car ce n'est là qu'une allégation d'Apatourios

(4) Pollux, VIII, 59. — καὶ μὴν εἰ ὁ μὲν ἐωνημένος ἀμφοσθετεῖ κτήματος, ὁ δὲ ὡς ὑποθήκην ἔχων, ἐξούλης δίκη.

(5) *B. C. H.*, VIII, p. 23 — *Athenaion*, pp. 536 sqq, n° 9, ll. 1-13 et n° 10.

(6) Harpocraton, ν° ἐξούλης δίκη.

diale de cette action. Les uns la comparent à l'interdit *unde vi* (1), les autres à l'*actio judicati* (2). Toujours est-il qu'elle constitue un type très général d'action. Elle ne se donne pas seulement au créancier hypothécaire, mais aussi à l'*heres suus*, à l'acquéreur des biens de l'État, au gagnant d'un procès.

Il semble d'autre part que le créancier, lorsqu'il ne tient pas à entrer en possession de l'immeuble, mais à recouvrer l'argent prêté, puisse recourir à une procédure plus longue, à l'emploi successif des trois actions *ἐνοικίου*, *καρπού*, *οὐσίας*. Le créancier qui à l'échéance laisse le débiteur en possession a droit en effet aux loyers s'il s'agit d'une maison, aux fruits s'il s'agit d'un fonds de terre. Ce sont ces droits que garantissent les actions *ἐνοικίου* et *καρπού*. Si aucun paiement n'intervient encore, le créancier exerce le *δίκη οὐσίας* qui est sans doute une saisie générale de tous les revenus de l'adversaire. A défaut d'exécution du débiteur, il recourt enfin à la *δίκη ἐξούλης* (3).

(1) Dernburg, I, p. 75. — Meier, Schomann et Lipsius, pp. 665-666. — Hermann-Thalheim, p. 133, n. 2, etc. Ces auteurs s'appuient principalement sur la définition d'Harpocration et de Suidas : *δίκη ἐξούλης ὄνομα δίκης ἣν ἐπάγουσιν οἱ φάσκοντες ἐξείργεσθαι τῶν ἰδίων κατὰ τῶν ἐξείργοντων*. — Cf. Platner, II, p. 295. — Cf. pour une restriction de cette théorie G. A. Leist, *Der attische Eigentumstreit im System der Diadikasion*, pp. 49 sqq.

(2) Cf. Lecrivain, *ἡ ἐξούλης δίκη* (Darembert et Saglio); Beauchet, pp. 392 sqq. qui ont surtout tiré argument d'une scholie de l'Iliade (Nicole. *Scholies genevoises de l'Iliade*, I, p. 202. — Dareste, *Revue de Philologie*, 1891, p. 48).

(3) Harpocration, *ἡ οὐσίας δίκη* : οἱ δικάζοντες περὶ χωρίων ἢ οἰκιῶν πρὸς τοὺς ἔχοντας οὐσίας ἐδικάζοντο τὴν δευτέραν δίκην· ἡ δὲ πρότερά ἦν τῶν μὲν οἰκιῶν ἐνοικίου, τῶν δὲ χωρίων καρπού, τρίτη δὲ ἐπὶ τοῦτων ἐξούλης· καὶ ἐξὴν τοῖς ἐλοῦσι κρατεῖν τῶν κτημάτων καὶ εἰ τὴν δίκην τὴν τοῦ καρπού ἢ τοῦ ἐνοικίου, καὶ εἰ τὴν δευτέραν ἤττηθεῖεν τὴν τῆς οὐσίας· εἰ δὲ καὶ ἐξούλης ἀλοῖεν, οὐκ εἴτε ἐξὴν ἐπικρατεῖν ἀλλ' ἐξίστασθαι ἥδη τῶν κτημάτων τοῖς καταδικασμένοις. — En ce sens, Hitzig, p. 140, n. 4. — Beauchet, pp. 373-374. — Selon une théorie adverse, défendue par Dareste (*La science du droit en Grèce*, pp. 311-312) et surtout par Th. Reinach, *ἡ ἐνοικίου δίκη* (Darembert et Saglio), les actions *ἐνοικίου*, *καρπού* et *οὐσίας* auraient trait, non à la procédure d'exécution, mais à la procédure de revendication. — A vrai dire, les actions *ἐνοικίου* et *καρπού* ne peuvent être assimilées à des actions possessoires, puisque le défendeur, même après avoir succombé, continue à posséder. Quant à l'expression *δίκη οὐσίας* elle ne peut guère signifier, comme il le faudrait dans ce système, une action fondée sur la propriété, une revendication.

§ II — HYPOTHÈQUES MULTIPLES

Mais le créancier hypothécaire désireux de réaliser son gage n'est pas toujours seul de son espèce. Comment se réglait en Grèce le concours de plusieurs hypothèques ? Il y a lieu de distinguer, selon que ces hypothèques sont nées simultanément ou ont été au contraire constituées postérieurement les unes aux autres.

I. — Sur le premier point, le texte fondamental est le *contre Panténète* (1). Si l'on suppose le cas d'une *πρᾶσις ἐπὶ λύσει* consentie au profit de deux créanciers conjointement, on doit admettre qu'au cas où le débiteur ne remplit pas ses obligations à l'échéance, l'immeuble engagé devient *ipso iure* la propriété des deux créanciers dans la proportion du chiffre de leurs créances, sauf à ces derniers à procéder autrement s'ils le préfèrent. Si le débiteur paie l'un de ses créanciers sans satisfaire l'autre, il est logique qu'en raison de l'indivisibilité du gage, le créancier non payé demeure seul propriétaire de l'immeuble engagé. Pareille situation peut se présenter en cas d'hypothèque. Dans le *contre Lacrète* nous rencontrons un cas de ce genre résolu d'une manière un peu différente (2) ; il est stipulé que si à l'échéance les prêteurs ne sont pas payés, ils pourront se mettre en possession du gage et le vendre au prix courant. Si le prix est insuffisant pour remplir les prêteurs de leurs créances, ils pourront poursuivre les emprunteurs sur leurs autres biens. Or ce droit, d'après le contrat, appartiendra à chacun des prêteurs comme à tous deux. Il y a ainsi solidarité entre les créanciers. Bien que les mesures d'exécution émanent d'un seul, les débiteurs seront libérés si le gage produit une valeur suffisante. Dans le cas contraire, chacun des créanciers a le droit de pratiquer une prise du gage, mais toujours sous la condition que le paiement obtenu par l'un

(1) *c. Panten.*, §§ 4-5.

(2) *c. Lacrit.*, § 12.

des créanciers libère complètement le débiteur (1). C'est aux créanciers à procéder au règlement de leurs droits respectifs dans la mesure de l'argent par eux avancé. D'autres plaidoyers de Démosthène parlent également de prêts consentis conjointement par deux créanciers avec affectation hypothécaire, mais sans indiquer la manière dont seront réglés les droits respectifs des prêteurs (2).

D'une manière générale, le partage des droits d'exécution entre les créanciers, sans égard à l'importance de leurs obligations est attestée par le *Registre de Ténos* et par le *contre Apôtourios*.

II. — On rencontre un *ὄρος* qui laisse supposer la possibilité d'hypothéquer un immeuble déjà engagé à d'autres créanciers au moyen d'une *πρᾶσις ἐπὶ λύσει* (3). Et la validité des secondes hypothèques n'était subordonnée qu'au consentement du premier créancier hypothécaire. Encore pour Ephèse n'en est-il pas fait mention.

Mais sur quoi portait exactement le droit du second créancier? Certains ont cru qu'il ne portait que sur l'excédent du gage par rapport à la première créance. Le second créancier, n'étant admis à réclamer que cette *ὑπερβολή*, n'aurait pas pouvoir de pratiquer l'*ἐμβάτευσις*. D'autre part, au cas où le débiteur paierait le premier créancier, sa situation ne se trouverait pas modifiée *ipso jure*. Le débiteur pourrait donc alors consentir une nouvelle hypothèque pour sûreté d'une créance égale à celle qui est éteinte. On ajoute que c'est ce qu'il devait faire au profit d'un prêteur de deniers qui lui avançait la somme nécessaire pour payer le premier créancier (4).

Examinons maintenant les textes sur lesquels on s'est

(1) Cf. Hitzig, pp. 119-120. — Beauchet, pp. 294-295.

(2) Démosthène, *c. Phen.* § 28; *c. Polycl.* §§ 13 et 28. — Cf. *c. Dionys.* § 6. — On ne sait pourquoi Hitzig (p. 120) et Beauchet (p. 296) supposent que seul des deux prêteurs, Pamphile a l'*ἐμβάτευσις*. Le texte dit que le navire est hypothéqué à tous les deux.

(3) *D. H. R.*, I, n° 50 des *ὄροι* hypothécaires.

(4) Cf. Szanto, *Rhein. Museum*, XL, pp. 516-517. — Hitzig, pp. 123-124. — Beauchet, p. 302.

fondé. L'όρος n^o 10 du *Recueil* est ainsi conçu : "Όρος χωρίου προίκος Ἰπποκλείᾳ Δημοχάρους Λευκονοιδῶς Τ. "Όσω πλειονος ἄξιον Κέχροπ ἰδαίς ὑπόκειται καὶ Λυκομίδαις καὶ Φλυεύσιν. Est-ce l'excédent seul qui est engagé aux seconds créanciers ? Ne pourrait-on comprendre que l'immeuble, parce qu'il vaut plus d'un talent, et dans la mesure où il vaut davantage, est engagé aux Lycomides et aux démotés de Phlya ? La première créance est une créance dotale, elle est entourée par suite d'une faveur particulière ; et il est naturel que l'on cherche à montrer que les droits de la créancière n'ont pas été lésés. Le gage est suffisant pour couvrir les deux créances. Seulement ce n'est pas à dire que les droits des seconds créanciers vont se trouver restreints à une portion de l'immeuble. — Quant au § 10 de la seconde loi d'Ephèse, il est plus explicite, mais non plus décisif. "Όσοι δὲ ἐπὶ τοῖς ὑπερσεχούτι δεδανείκασι dit le texte, « ceux qui ont prêté sur le reste des fonds ». Mais sur quel reste ? Sur celui qui est déterminé par le montant de la première créance, ou sur celui qui est déterminé par le partage que prescrit la loi ? La seconde hypothèse est de beaucoup la plus vraisemblable, puisque ces dispositions sont insérées dans le règlement même du partage (1). On peut donc se représenter ainsi la situation : la loi qui liquide par un partage les créances hypothécaires antérieures à la guerre était attendue et escomptée par tous les intéressés, un peu comme, de nos jours, la loi relative au paiement des loyers en temps de guerre ; dès lors, des prêts n'avaient-ils pas pu être consentis sur la fraction des immeubles qui demeurerait après l'exécution de la loi, au créancier ? Ainsi les prêteurs évitaient de se trouver impliqués avec les créanciers antérieurs dans de longues et pénibles contestations.

(1) D'ailleurs, comment l'excédent du gage par rapport à la créance aurait-il pu être déterminé ? On répond soit, en s'appuyant sur le droit romain, grâce à la vente de la chose, soit, en s'appuyant sur les dispositions exceptionnelles de la loi d'Ephèse elle-même, par une estimation suivie de partage, soit enfin en estimant et en reconnaissant au premier créancier hypothécaire le droit d'écarter les créanciers ultérieurs par le paiement de la différence entre la valeur estimative et le montant de sa créance. Beauchet (p. 301) croit même que le premier créancier avait le choix entre ces moyens, dont l'énoncé suffit pourtant à montrer le caractère anormal. Et ce ne sont pas les prérogatives du premier créancier qu'il s'agit de déterminer, mais les droits du second.

Or leurs droits se trouvaient sauvegardés dans le partage par le fait d'une intervention de l'autorité.

Rien ne promet donc dans l'état actuel des choses de limiter à l'*hyperocha* les droits du second créancier. S'il en était ainsi, les secondes hypothèques n'auraient pu se développer. Le second créancier, privé dans tous les cas de la faculté de pratiquer l'ἐμβύτευσις, n'aurait qu'un recours bien illusoire. S'il consent à prêter sur seconde hypothèque, c'est parce qu'il espère que le créancier antérieur sera payé et qu'il pourra lui-même procéder régulièrement à l'ἐμβύτευσις (1) (2).

Quoi qu'il en soit la règle *prior tempore potior jure* est d'une application très générale. Le second créancier n'obtient satisfaction que χομισαμένων οἷς πρότερον ὑπετέθησαν (3). Mais la mise en pratique de cette règle devait être fort malaisée, puisque, là comme ailleurs, c'est la preuve testimoniale qui faisait loi. Et bien souvent l'ἐμβύτευσις devait être irrégulièrement opérée.

La date de l'hypothèque est déterminée par la date du contrat constitutif, mais non par celle de la créance garantie. Or un temps assez long s'écoulait parfois entre la naissance de la créance et la naissance de la sûreté. Témoin le *contre Spoudias*. L'hypothèque totale est souvent constituée après coup, parce que le père de la femme s'aperçoit par exemple qu'il ne pourra pas verser la dot aussi tôt qu'il l'avait projeté. Dans des cas de ce genre, on ne saurait faire remonter l'hypothèque au jour de la célébration du mariage. L'hypothèque dotale, même celle de la femme sur les biens

(1) Cf. Bekker, *Anecdota graeca*, 1814-1821. I, p. 259 : ἐπιδανείσθαι τί ἐστίν; ὅταν δεδανεικότες τινος καὶ ἐνεχυριάσαντος οἰκίαν ἢ χωρίον, ἐπιδανείσῃ τις ἕτερος ἐπὶ τοῖς αὐτοῖς ἐνεχύροις, ἐπιδανείσθαι λέγεται.

(2) Le créancier hypothécaire postérieur en rang avait encore une ressource qui correspondait au *jus offerendae pecuniae* du droit romain. En désintéressant le créancier antérieur, il pouvait prendre son rang. Il n'était pas besoin à cet effet d'une stipulation. Dans le *contre Pantenète*, les créanciers qui font valoir le *jus offerendi* n'invoquent aucune clause spéciale. — Hitzig (p. 128), tout en croyant que les secondes hypothèques ne portent normalement que sur l'*hyperocha*, admet d'ailleurs qu'il pouvait être conventionnellement stipulé que dans le cas où la créance du premier hypothécaire viendrait à être écartée, la chose serait tout entière engagée.

(3) *B. C. H.*, IV, pp. 341 sqq.

du mari, est soumise à la règle commune. N'oublions pas qu'elle repose sur la coutume et non sur la loi.

Une difficulté particulière pouvait se présenter, là où les hypothèques générales étaient admises, en cas de conflit d'une hypothèque générale avec une hypothèque spéciale. La première pouvait en fait paralyser la seconde, si son titulaire avait choisi pour l'exécution les biens affectés à l'hypothèque spéciale postérieure. Mais en pareil cas le créancier à hypothèque spéciale devait user du *jus offerendae pecuniae* (1).

En tout cas il nous est permis une fois de plus de conclure que la question du conflit des hypothèques multiples n'est pas liée indissolublement à la question de la vente du gage.

(1) Beauchet, p. 302.

CHAPITRE III

Extinction de l'hypothèque

L'hypothèque s'éteint par voie de conséquence ou d'une manière principale. Dans le premier cas elle disparaît en même temps que la créance qu'elle avait pour fonction de garantir. Dans le second cas elle laisse en tombant subsister la créance.

L'extinction de la créance entraîne la chute de l'hypothèque qui serait désormais sans objet. Le résultat se produit automatiquement en cas de *παραίτησις ἐπὶ λόγου*, puisque l'acquiescement de la dette vaut paiement du prix et amorce un nouveau transfert de propriété. En cas de gage et en cas d'hypothèque proprement dite, le paiement fait défaillir la condition à laquelle est subordonné l'exercice des prérogatives du créancier. Son droit éventuel de propriété est résolu ; et le débiteur est censé avoir toujours été propriétaire incommutable. L'extinction de la créance doit être totale, en vertu du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, que nous avons vu admis par le droit grec. Au cas où la dette serait partiellement payée, l'hypothèque subsisterait tout entière pour garantir le paiement du reliquat.

Cette conséquence se produit quel que soit le mode d'extinction de la dette. Toutefois, en cas de novation, les parties peuvent décider que les sûretés de la créance éteinte passeront à celle qui lui est substituée (1).

Par voie principale, l'hypothèque peut s'éteindre en vertu d'une renonciation, qui ne semble pas soumise à des conditions spéciales de forme. Une inscription d'Amorgos (2) nous offre un exemple de femme renonçant à son *ἀποτίμημα*. En revanche il n'y a pas d'extinction de l'hypothèque par prescription acquisitive du fonds grevé, car le droit grec n'admettait pas cette prescription (3). Quant aux formalités

(1) Cf. *c. Panten.*, § 10.

(2) Dittenberger, *Sylloge*, n° 831.

(3) Cf. Beauchet, p. 306.

de la purge, elles étaient naturellement inconnues au droit hellénique. — Le défaut d'inscription en temps utile n'est pas une cause d'extinction puisque les formalités de publicité hypothécaires n'ont rien d'absolument obligatoire pour les parties. Mais la nullité de la convention constitutive est certainement une cause d'extinction.

Citons enfin la résolution du droit de propriété du constituant (nous savons en effet que le constituant doit être propriétaire, *δеспότης*), comme aussi la perte de la chose ou l'extinction du droit hypothéqué.

La mort du créancier ou celle du constituant n'ont normalement aucune influence sur la destinée de l'hypothèque. On a imaginé des cas dans lesquels un droit de gage pouvait être constitué personnellement au créancier, de telle sorte que les héritiers des créanciers héritassent de l'obligation sans hériter du gage ; de même du côté du débiteur. Mais des hypothèses de ce genre sont étrangères aux textes et l'on ne saurait conclure du *contre Spoudias* qu'elles aient jamais été réalisées (1).

(1) Cf. Szanto, p. 288. — Hitzig, p. 143. — Ce dernier auteur croit que ce sont plutôt des exemples inverses qui se rencontrent. S'il n'est pas vrai que l'hypothèque soit jamais un droit personnel, il serait vrai en revanche que certaines obligations se trouvent parfois incorporées à une chose, certains droits de créance transformés et pour ainsi dire immobilisés (pp. 133-134). Tel serait notamment le sens du testament d'Epicteta de Théra (*contra*, Dareste, *N. R. H.* 1882. p. 252). Celui qui deviendra propriétaire du fonds assumera, dit Hitzig, la dette dont le fonds répond. Dans le texte invoqué, un legs de 3.000 dr. est fait à la communauté des hommes du parentage et garanti sur certains immeubles. Cette somme sera due par la fille de la testatrice, par ses héritiers et autres successeurs. Hitzig pense que, par successeurs (*διδόχοι*), il faut entendre les successeurs à titre particulier, ce qui évoquerait l'idée d'une vente. — Mais rien ne prouve que ce texte très mutilé, dont il faut renoncer à tirer des conclusions certaines, fasse allusion à des ayants cause à titre particulier. En tout cas, au § 7 où il s'agit des voies d'exécution en cas de non-paiement de la rente, il n'est plus question des ayants cause, mais seulement des héritiers.

DEUXIÈME PARTIE

PORTÉE ET INFLUENCE DE L'HYPOTHÈQUE GRECQUE

SECTION I

RAPPORTS DE L'HYPOTHÈQUE GRECQUE AVEC L'HYPOTHÈQUE ROMAINE

CHAPITRE PREMIER

Les théories

Il peut paraître singulier d'étudier des théories avant d'analyser les faits sur lesquelles elles reposent. Mais, dans la matière des rapports de l'hypothèque grecque avec l'hypothèque romaine, l'élément de fait a été trop souvent négligé au profit de l'élément purement doctrinal. On a construit bien des systèmes *a priori*, ou en tous cas on s'est basé sur des analogies ou des dissemblances tellement superficielles qu'il y a intérêt à déblayer le sujet avant de l'examiner à la lumière des textes.

I. — La forme hellénique du mot hypothèque militait en faveur d'une filiation. Tel est de fait le point de vue qui a dominé un certain temps (1). On a fait valoir, ne fût-ce que

(1) Dernburg, *Das Pfandrecht*, I, p. 67 ; Cf. encore May, *Eléments de droit romain*, 11^e éd., 1913, p. 503. — Le livre de Jourdan (*Etudes de droit romain, L'hypothèque*), qui date de 1876, est en réaction contre ce système. L'auteur (p. 57) rattache l'hypothèque romaine à une forme de sûreté que l'on rencontre dans le droit public, la *praediorum subsignatio*. C'est, d'après lui, une institution purement nationale. — Selon Paul Gide (*Etude sur la condition privée de la femme*,

dans le sens d'un parallélisme rigoureux entre les institutions grecques et les institutions romaines, le fait que les sûretés réelles seraient organisées de même dans l'un et l'autre droit. Les Romains ont connu sur le même thème autant de variations que les Grecs. La *mancipatio sub fiducia*, le *pignus* et l'*hypotheca* ne correspondent-ils pas trait pour trait à la *πρᾶσις ἐπὶ λύσει*, à l'*ἐνέχυρον* et à l'*ὑποθήκη* ? On ira même plus loin et l'on s'efforcera de montrer que l'évolution des sûretés réelles est identique chez tous les peuples, le gage, au sens large du mot, se réalisant d'abord par un transfert de propriété, n'impliquant ensuite au profit du créancier que la possession et se perfectionnant enfin jusqu'à laisser au débiteur la jouissance de la chose. On dira que l'hypothèque n'est ni romaine ni grecque d'origine, qu'elle vient par exemple de l'Orient (1). Dans ce développement dont la marche générale est uniforme, chaque peuple apporterait des améliorations de détail. C'est ainsi que les Romains, après avoir passé par la vente à pacte de rachat, auraient pratiqué l'hypothèque du droit hellénique sous le nom de pacte commissoire. Mais, tandis que les Grecs n'avaient pas su réduire le droit du créancier hypothécaire à un droit de préférence sur le prix, les Romains appliquaient à l'hypothèque leur procédure d'exécution qui conduisait à la vente forcée par autorité de justice. Dès lors le pacte commissoire fut remplacé par un simple mandat donné au créancier pour vendre l'immeuble et se payer sur le prix (2). Bref, les Romains n'auraient pas à proprement parler inventé l'hypothèque : ils l'auraient seulement perfectionnée.

Cette thèse ne nous retiendra pas longtemps, car elle n'est qu'une aggravation de celle qui rattache, dans le droit

2^e éd. 1883. Esmein), p. 127 et *passim*, l'élément grec ne tient pas moins de place que l'élément romain dans le droit classique ; et le *jus gentium* n'est autre chose que du droit grec. Caillmer, *Revue de Législation*, 1870-71, p. 644, voit également dans le *jus gentium* le droit commun des cités grecques.

(1) Cf. G. de Lapouge, *N. R. II*, 1886, p. 123. D'après cet auteur, ce seraient les peuples de la Mésopotamie et de la Chaldée qui auraient inventé l'hypothèque. — Un autre savant, Revillout (*Les obligations en droit égyptien*, 1886, p. 248) fait dériver l'hypothèque romaine de l'*aouo* égyptien. — Cf. N. Herzen, *Origines de l'hypothèque romaine*, 1898, pp. 4 sqq.

(2) Dareste, *N. R. H.* 1877, p. 173.

grec, l'hypothèque à la *πρᾶσις ἐπὶ λύσει*. Si l'une nous a paru éminemment problématique, il y a chance que l'autre demeure à jamais indémontrable. Cette logique simpliste ne saurait d'ailleurs rendre compte des faits, contradictoires parfois, qui se rencontrent. Et si, en ce qui concerne les sûretés grecques, nous n'avions aucune raison de considérer la *πρᾶσις ἐπὶ λύσει* comme la forme la plus archaïque, en revanche, pour le droit romain, nous avons de fortes raisons de croire que la fiducie est postérieure au *pignus* (1). On peut d'autre part ramener ces affirmations à des proportions plus modestes et ne relever avec un récent critique que les points de contact assez nombreux qui existent entre les sûretés grecques et les sûretés romaines (2). Toutefois ne nous prenons pas à des analogies factices; et, du fait que la *πρᾶσις ἐπὶ λύσει* devient dans les papyrus une *ὥνῃ ἐν πίστει*, ne concluons pas à une similitude avec la *mancipatio sub fiducia*. On a argumenté de même d'un texte assez énigmatique de Cicéron (3) pour soutenir que la vente à réméré et la fiducie se confondent. Cicéron raconte qu'un Romain, du nom de Décianus, a prêté à un jeune grec appelé Lysanias, moyennant concession d'une sûreté que l'auteur appelle *fiducia*. Ce mot, a-t-on dit, ne peut se référer à l'institution romaine, car le *jus italicum* n'avait pas encore été accordé aux populations dont il s'agit dans le texte. Il désigne par conséquent une institution grecque; et cette institution ne peut être que la *πρᾶσις ἐπὶ λύσει*. Mais en réalité, Cicéron nous dit fort peu de chose sur le caractère de cette garantie. Et l'on a pu soutenir parfois qu'il n'était pas question dans le *Pro Flacco* d'une *πρᾶσις ἐπὶ λύσει*, mais d'une autre forme de sûreté (4).

(1) Herzen, *op. cit.*, pp. 67 sqq. On a longtemps affirmé que la sûreté qui aboutit à un transfert de propriété est la plus simple de toutes, la plus grossière, partant la plus ancienne. Mais certains auteurs ont objecté que les idées les plus simples avaient été, dans le droit romain, dégagées le plus tardivement. (Cf. Ascoli, *Origini dell' ipoteca*, 1903, pp. 1-3 et spécialement p. 1 n. 1). Herzen (p. 72) croit que la fiducie a été spécialement créée pour suppléer à l'insuffisance du simple gage après l'introduction de la revendication.

(2) Pappulias, *op. cit.*, *passim*. Voir le chapitre suivant. Les affirmations de Pappulias sont d'ailleurs pour ainsi dire isolées à l'heure actuelle.

(3) Cic: *Pro Flacco*, XXI. — Cf. Pappulias, p. 343.

(4) Cf. Naber, *Observatiunculæ de jure romano*, *Mnemosyne*, XXXI, p. 227.

II. — La plupart des critiques ont au contraire aperçu entre le droit hypothécaire des Romains et celui des Grecs une irréductible antithèse. Est-ce préjugé de romanistes qui veulent affirmer l'originalité et l'excellence du droit romain ? Est-ce analyse insuffisante qui se heurte à des divergences de détail ? Tout dépend peut-être de la conception que l'on se fait de l'hypothèque grecque. Quoi qu'il en soit, la théorie, généralement admise aujourd'hui, s'est quelquefois affirmée par une sorte d'hostilité instinctive à toute comparaison entre les sûretés romaines et les sûretés grecques (1). On invoque une impression d'ensemble. L'hypothèque grecque, dit-on, n'est pas à proprement parler une sûreté. C'est une promesse de satisfaction éventuelle donnée au créancier, et qui permettra à celui-ci de se passer du concours du débiteur en retard en acquérant la propriété d'une chose désignée nommément. En cela le droit grec ressemble à d'autres droits primitifs, au droit égyptien et au droit babylonien surtout. L'hypothèque romaine est avant tout un moyen de contrainte destiné à peser sur la volonté du débiteur et à l'amener au paiement. L'hypothèque hellénique au sens large est dominée par l'idée de compensation, l'hypothèque romaine par l'idée de garantie. Dans la première, la créance est pour ainsi dire oblitérée par le gage. En droit romain, c'est la créance qui est l'essentiel, le gage n'est que l'accessoire (2). — Partant de cette idée générale on a cherché un appui dans les textes, et l'on a tout d'abord montré que la ressemblance est extérieure entre la *πρῶσις ἐπὶ λυσει* et la fiducia. La *πρῶσις ἐπὶ λυσει* est une vente réelle, dans laquelle le prix est représenté par la somme prêtée au débiteur. L'aliénation fiduciaire est une vente fictive (*imagitaria*) qui se conclut *nummo uno* (3). Ce

(1) Cf. Hitzig, p. V. C'est cet auteur qui a rendu la théorie populaire. — Cf. pour l'époque antérieure, Duchène. *Les origines de l'hypothèque*, thèse, 1893, pp. 3-43.

(2) Herzog, pp. 468-469.

(3) Cuq, v° *Hypotheca* (Daremberg et Saglio) : *Institutions juridiques des Romains*, I, pp. 641-647. — Cf. l'acte de mancipation fiduciaire, trouvé à Pompéi en 1887 (*Hermès*, XXIII, p. 437) ; *N. R. H.* 1888, pp. 472 et 832 ; *C.I.L.*, IV, suppl. I, n° CLIV et CLV. — V. Girard, *Textes de droit romain*, 4^e éd. 1913, pp. 849 sqq.

n'est pas une dation en paiement ; c'est la garantie d'une créance. D'autre part la fiducie laissait subsister la créance. Les textes appellent l'acheteur *creditor* (1). Enfin l'aliénation fiduciaire n'est pas une vente à réméré, dans laquelle le vendeur ne peut, au-delà d'un certain délai, recouvrer la propriété aliénée. L'acquéreur *sub fiducia* est toujours tenu d'opérer un nouveau transfert, pourvu que les sommes prêtées aient été versées entre ses mains. Nous trouvons en effet appliqués à la fiducie le *pactum de vendendo* et la *lex commissoria*. Or, la présence de ces deux conventions accessoires, de la dernière surtout, s'expliquerait mal si le créancier avait été, en cas de non-paiement, libéré *ipso jure* de son obligation de restituer (2). — En second lieu, on fait valoir que l'aliénation fiduciaire, le gage et l'hypothèque n'ont pas été simultanément consacrés par le droit (3). L'usage du *pignus* remonte sans doute à une haute antiquité ; mais il demeure pendant longtemps une simple pratique habituelle, dénuée de valeur juridique. De même l'hypothèque n'a été sanctionnée par le préteur qu'au premier siècle de l'Empire. C'est que nous sommes en présence d'une longue élaboration. Les sûretés romaines sont issues les unes des autres. L'hypothèque grecque, sortie de la vente à réméré, a eu nécessairement des destinées différentes.

Nous nous sommes précédemment expliqué sur le caractère de l'hypothèque grecque et nous avons vu que l'objet hypothéqué ne pouvait être tenu pour un succédané de la créance. On s'efforce d'établir une équivalence entre la somme prêtée et l'objet engagé. Mais, au cas où cette équivalence se trouve rompue, un règlement intervient. Il nous semble donc pour le moins fort exagéré de parler d'un con-

(1) Gaius, II, 60. — Paul, II, 13.

(2) *Pactum de vendendo* : D, XIII, 7, 8, §§ 3-5. — *Lex commissoria* : les textes de D, XVIII, 3, 2 et 3, sont tirés des livres XXXV *ad Sabinum* de Pomponius et XXX *ad edictum* d'Ulpien. Ces livres traitaient de la fiducie. — Cf. Lenel, *Palinogenesia juris civilis*, pour Pomponius *fragm.* 797-802 : pour Ulpien *fr.* 901-906. — Cf. Girard, *Manuel de droit romain*, 5^e éd. 1911, p. 549 n. 9.

(3) Cuq, *op. cit.*, p. 637.

traste entre l'institution grecque et l'institution romaine (1). — Et de fait les différences entre les modalités grecques du gage et les modalités romaines sont surtout des différences de détail. — Si l'aliénation fiduciaire se conclut au prix d'une sesterce, il n'y a là qu'un artifice exigé par une particularité du droit romain. On sait qu'en vertu de l'*actio auctoritatis*, l'acquéreur pouvait contraindre son vendeur à restituer le double du prix, quand, avant qu'il fût protégé par l'ascuapion, ce dernier le laissait dépouiller par la revendication d'un tiers (2). Or, l'aliénateur *sub fiducia* qui confère déjà une sûreté onéreuse, puisqu'il se dépouille de la propriété, n'a pas l'intention d'assumer une charge nouvelle en garantissant l'acheteur d'une manière efficace. Le prix fictif et dérisoire auquel il ramène la vente réduit pour lui les risques au minimum. D'autre part, des textes grecs nous ont montré que le vendeur ἐπὶ λόγῳ est parfois appelé γαρύτης, tout comme l'acquéreur *sub fiducia* est désigné par le mot de *creditor* (3). Ceci prouve bien que la créance n'a pas tout à fait disparu. Si maintenant l'on veut insister sur l'absence de terme dans la fiducie, qui ne voit qu'elle peut très naturellement s'expliquer ? La convention de fiducie est résultée chez les Romains du fait qu'un transfert temporaire, conditionnel de la propriété n'était pas admis. Dès lors on a adjoinct à l'opération du transfert un simple pacte en vertu duquel l'acheteur s'obligeait à effectuer une rétrocession s'il recevait paiement. A l'origine ce pacte n'était muni d'aucune action et l'aliénateur était livré à la bonne foi de l'autre partie. Il n'y a donc là qu'un acte juridique fort rudimentaire. Et l'on ne peut s'étonner qu'aucune date ne soit prévue passé laquelle l'aliénateur serait forelos à exiger la restitution. Tout ce qu'il est permis de dire, c'est que l'aliénation fiduciaire exige un transfert nouveau de propriété, tandis

(1) Dans le cas spécial d'ἀποτίμημα, l'estimation a lieu pour que la valeur de l'objet engagé ne soit pas trop faible. En tout cas, rien ne nous permet de considérer le fait par le créancier d'accepter sur une chose un droit de propriété, affecté ou non d'une condition, comme une spéculation destinée à le faire bénéficier d'une plus value. Et il arrive bien souvent que le créancier tienne plus à son argent qu'à la chose.

(2) Cf. Girard, *Manuel*, p. 555, n. 3.

(3) Cf. c. *Panten.*, § 10.

que, dans le droit grec, aucune revente n'est nécessaire. Mais ce point tient à une différence dans les modes d'acquiescer la propriété, qui sont solennels dans un cas et non solennels dans l'autre. Le parallélisme de la *πρῆσις ἐπὶ λύσει* et de l'aliénation fiduciaire se traduit jusque dans les formules employées (1). D'ailleurs, ceux mêmes qui critiquent le rapprochement ont dû reconnaître que la fiducie se rapproche à certains égards d'un gage de compensation, puisque le créancier fiduciaire avait la jouissance de la chose et pouvait ainsi se payer des intérêts et du capital de la créance dans la mesure où la chose rendait des fruits (2). — Dès lors il y a des raisons sérieuses de croire que le développement des sûretés réelles a suivi chez les Grecs et chez les Romains une marche analogue. Reste il est vrai à déterminer la mesure dans laquelle une influence d'un droit sur l'autre a pu se faire jour.

Il y a chance au moins pour que des emprunts de détail aient eu lieu. Sans doute l'hypothèque romaine, comme l'hypothèque grecque, porte une estampille nationale. Mais reconnaître son originalité n'est pas s'interdire d'étudier les apports extérieurs qui ont pu être faits à son contenu primitif.

(1) *C.I.L.* II, suppl. 5406 : ll. 10 11. ; Girard, *Textes*, p. 823 : *donec ea omnis pecunia soluta esset*. — Cf. Démosthène. c. *Apatour.*, § 8 : *ἕως ἀποδοίῃ τὰς δέκα μνᾶς*.

(2) Paul, II, 13, 2. — Cf. Herzen, p. 65.

CHAPITRE II

Les faits

I. — C'est dans un texte bien connu de Cicéron que nous rencontrons pour la première fois à Rome le mot hypothèque (1). Cicéron mentionne l'institution à propos des villes grecques dans lesquelles elle était en usage pour les emprunts publics, et il écrit du reste le mot sous sa forme hellénique. Un autre texte, de Catulle celui-là, a fait dire qu'à la fin de la République l'hypothèque était déjà connue et pratiquée en Italie (2).

En réalité ces textes, souvent cités, ne nous renseignent ni sur la réception du mot hypothèque ni sur les origines de l'institution hypothécaire. Le premier prouverait plutôt, puisqu'il s'agit de droit grec, que le mot ni la chose ne sont peut-être encore usités à Rome. Quant au second, il peut s'entendre aussi bien de l'aliénation fiduciaire.

Il convient d'ailleurs de séparer la question de terminologie et la question de fond. Sur le premier point, on peut dire qu'à quelque époque que le mot *hypotheca* se soit introduit dans la langue, cette innovation verbale n'a pas été nécessairement accompagnée de modifications profondes (3). Quoi qu'il en soit, le mot *hypotheca* apparaît pour la première fois avec Julien, et d'une manière tout à fait isolée (4). L'expression n'est devenu usuelle que dans la seconde moitié du second siècle. Néanmoins on s'est attaché à démontrer

(1) Cicéron, *Epist. ad div.* XIII, 36. Le mot se trouve encore dans Cicéron, *ad Attic.* II, 17, mais il ne s'agit à proprement parler dans ce texte ni d'une hypothèque grecque, ni d'une hypothèque romaine. On est en face d'une plaisanterie. — Cf. Accarias, *Précis de dr. rom.*, 4^e éd., n^o 284 sqq.

(2) Catulle, *ad Fur.* XXVI, v. 4.

(3) « Ein neues Wort für eine alte Sache », dit Bachofen (*Das Pfandrecht*, 1847, p. 632). — Cf. Jourdan, *op. cit.*, p. 168. Cet auteur remarque que le texte précédemment cité de Cicéron ne saurait suffire à démontrer que l'hypothèque était inconnue à Rome de son temps : on ne saurait s'étonner que Cicéron parle grec à propos de choses qui avaient aussi un nom romain, car nul n'a poussé plus loin que lui l'amour du grec.

(4) *D.*, XLI, 3, 33, § 4.

qu'elle n'avait jamais été classique. Son fréquent emploi dans la compilation justinienne a éveillé des soupçons d'interpolation (1). On a remarqué qu'elle ne se retrouve pas dans la littérature extra-juridique. Et cependant les auteurs parlent sans cesse de *pignus* et de *fiducia*. Dans la jurisprudence préjustinienne de la grande époque qui nous a été transmise directement, même absence significative. Quant à la tradition directe de l'époque postclassique, elle est très fragmentaire pour ce qui concerne le gage. On trouve cependant le mot *hypotheca* une fois, dans une constitution de l'an 424(2). On le trouve d'ailleurs aussi dans des textes de la compilation qui datent de l'époque immédiatement antérieure à Justinien et que l'on a toutes les raisons de supposer authentiques. Ce qui permettrait de conclure que la réception du mot *hypotheca*, bien que postérieure à l'âge classique, était déjà consommée sous Justinien (3). Justinien n'aurait fait que généraliser des résultats acquis depuis peu ; et, afin de leur conférer une autorité plus grande, il se serait plu à interpoler le mot dans des textes de jurisconsultes classiques (4). D'ailleurs il est à remarquer que les rédacteurs de constitutions avaient fini par être des Grecs. Il n'y a donc pas à s'étonner de cette victoire remportée par la terminologie hellénique. Mais le problème des rapports de l'institution hypothécaire grecque avec l'institution romaine correspondante perd alors de son importance, puisque, comme nous allons le voir, on ne peut nier l'application de l'hypothèque pendant la période classique (5). — Il y a sans doute des réserves à faire relativement à ces vues. Et il serait notamment dans ce système difficile d'expliquer l'existence des

(1) Martin Fehr, *Beitrag zur Lehre vom römischen Pfandrecht*, 191 . — Cf le compte rendu de Mitteis dans la *Z. S. S.* de la même année, qui en adopte les conclusions. — Cf. Girard, *Manuel*, p. 769 n. 5. — Cf. Cuq, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, 1917, p. 664 n. 2.

(2) *Cod. Théod.*, IV, 14, 1.

(3) Fehr, *op. cit.*, p. 33.

(4) Sous leur forme révolutionnaire, les conclusions de Fehr ne sont pas aussi neuves qu'il peut le paraître. Le vieux Saumaise (*De modo usurarum*, 1639, pp. 590-596) avait déjà nié que le droit classique eût connu le mot *hypotheca*. — Cf. une réfutation du système de Fehr dans Erman, *Mélanges Girard*, 1912, I, pp. 419-455.

(5) Fehr, p. 2.

monographies de Gaius et Marcien *ad formulam hypothecariam*. Ce titre ne peut venir des compilateurs, qui proscrivaient partout le mot *formula* (1). Et il semble plutôt que les mots *artha* et *hypotheca* soient les plus anciens des termes juridiques empruntés par Rome à la Grèce (2).

C'est au mot *pignus* que le mot *hypotheca* s'est progressivement substitué. On connaît le texte fameux de Marcien : « Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt » (3). La terminologie des Romains manque sur ce point de précision. *Pignus* est l'expression générale applicable à toutes les formes de gage (4). Mais un verbe vient s'ajouter à ce substantif, qui peut en modifier le sens. *Pignus obligare*, *pignori rem obligare*, *pignori dare*, *pignori esse*, *pignus tradere*, *pignoris causa tradere*, *pignus oppositum*, *pignus depositum*. De récentes recherches ont montré que ces formules n'avaient pas toujours une acception nettement délimitée. C'est ainsi que les deux premières, où l'on avait cru reconnaître dans tous le cas la désignation d'un gage dont la possession comme la propriété demeure entre les mains du débiteur, ne sont pas en réalité réservées à l'hypothèque (5). Et il semble que toutes ces dénominations, en dehors de *pignus depositum* et de *pignus tradere* peuvent se référer indifféremment à toutes les formes de gage (6). Ces incertitudes de vocabulaire expliquent suffisamment que le besoin se soit fait sortir d'un mot nouveau.

II. — Plaute et Tércence nous parlent de *pignus opponere* (7) mais sans que nous puissions déterminer s'il s'agit

(1) Wlassak, *Edict und Klageform*, 1883, p. 59. — Cf. Erman, *art. cit.*, p. 420.

(2) Krüger, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts* (trad. Brissaud, 1894), p. 63 n. 3. — Autres expressions grecques : *hyperocha* se trouve dans un seul passage de Tryphonius (*D.*, XX, 4, 20). *Antichresis* ne se rencontre que deux fois chez Marcien et les deux fois en lettres grecques (*D.*, XX, 1, 11, § 1 et *D.*, III, 7, 33). Il semble que ce vocabulaire étranger n'ait guère influé sur les conceptions romaines.

(3) Marcien, *D.*, XX, 1, 5, § 1.

(4) Il signifie même encore le pâr (Plaute, *Casina*, *prolog.*, 75, etc.), les arrhes (Plaute, *Mostellaria*, IV, 978, etc.), les otages (Tite Live, *ab U. C.*, IX, 45, 7, etc.).

(5) Manigk, *Pfandrechtliche Untersuchungen*, 1 Heft, *Zur Geschichte der römischen Hypothek, Die pfandrechtliche Terminologie und Literatur der Römer*, 1904, p. 11.

(6) Pappulas *op. cit.*, pp. 213 sqq.

(7) Cf. Costa, *Diritto nelle comedie di Plauto*, 1890, pp. 260-264. — Pappulas, *op. cit.*, pp. 310 sqq.

vraiment d'une hypothèque. Chez Caton nous trouvons également des indications qui ont prêté à controverse (1). On a cru parfois que Caton parlait, non de la remise des gages au créancier, mais seulement de leur introduction sur le fonds. Nous serions donc en présence d'un gage sans possession du créancier, d'une hypothèque, car l'introduction du gage sur le fonds ne suffit pas à en donner la possession au propriétaire du fonds, il faut encore la remise effective. — En réalité ce texte de Caton s'entend beaucoup mieux du simple gage. Nous avons affaire ici, non à un fermage ordinaire, mais à une vente de fruits, à une vente de l'*olea pendens*, du *pabulum hibernum*, et des *fructus ovium*. Il est probable que le propriétaire aura souvent procédé en personne à la vente. Et une tradition des *illata et invecta* est très vraisemblable. Sans doute même, à l'époque de Caton, la présence d'un objet mobilier sur un fonds en faisait-elle acquérir immédiatement la possession au propriétaire possesseur de ce fonds (2). Ce n'est qu'à l'époque classique qu'une séparation sera introduite entre ces deux droits (3). Il y a même lieu de penser que le gage dont parle Caton n'était à son époque qu'une simple pratique, dénuée de valeur juridique (4). Après avoir stipulé l'engagement des *illata*, Caton ajoute : « Ne quid eorum de fundo deportato, si quid deportaverit, domini esto ». C'est une sorte de *lex commissoria* qui eût été inutile si le propriétaire avait eu une action ou un interdit pour recouvrer la possession des gages soustraits par le débiteur.

Quoi qu'il en soit, c'est bien là qu'est la source lointaine

(1) Caton, *De re rustica*, CXLVI 5. — Pappulias (p. 313) considère bien à tort ce texte comme plus probant que ceux des comiques. Il en conclut que l'hypothèque remonte à une époque assez reculée. D'autres auteurs avaient parlé avant lui du sixième siècle, de Rome ou même du temps de la guerre d'Hannibal (Dernburg, I, pp. 62-67; Jourdan, pp. 90-93).

(2) D., XLI, 2, 3, § 3 : « Brutus et Manilius putant eum qui fundum longā possessione cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse ». — Cf. Herzen, p. 36. — En sens contraire, Pappulias, p. 316, qui considère le cas du trésor comme exceptionnel.

(3) D., XLI, 2, 44 pr. (Pap.) : « Non alias possiderem quam si ipsius rei possessionem supra terram adeptus fuisset ».

(4) Voigt, *Das Pignus der Römer bis zu seiner Umwandlung zum Rechtsinstitut*, 1888, p. 256. — Cug, *Institutions*, p. 635. — Girard, *Manuel*, p. 771 n. 4.

de l'hypothèque, et non dans la *subsignatio praediorum*, sur laquelle nous sommes du reste si mal renseignés. On a pourtant soutenu que cette dernière institution engendrait dès les temps anciens une véritable hypothèque (1). Et cette opinion est à mentionner, parce que certains ont vu dans la *subsignatio praediorum* une institution d'origine grecque (2). On sait que l'Etat romain assurait ses créances au moyen d'une garantie spéciale, la *cautio praedibus praediisque*. Les *praedes* étaient des cautions, les *praedia* des immeubles donnés en garantie. *Praedia subsignare*, c'est littéralement souscrire un fonds. D'où une analogie que l'on n'a pas manqué de faire valoir avec les loyers consentis par les villes grecques, qui étaient assurés au moyen de cautions et d'hypothèques. En réalité, que les créances des personnes publiques aient été entourées dans l'un et dans l'autre droit de précautions spéciales, rien de très étonnant. Reste à savoir si ces précautions sont nécessairement calquées les unes sur les autres. Or les mots *pignus obligare* se trouvent bien appliquées aux *praedia subsignata*. Mais ces expressions ont un sens très large. Elles peuvent même viser la fiducie (3). La *praediorum subsignatio* engendrait certainement un droit réel (4), mais nous ne savons pas exactement lequel. En tout cas elle était un acte public où l'inscription dans les *tabulae publicae* et l'exposition publique étaient des formalités essentielles. L'hypothèque romaine du droit privé a toujours été essentiellement occulte. D'autre part la *subsignatio* n'atteint que des immeubles et l'hypothèque privée a été avant tout une hypothèque mobilière (5). Enfin, pourquoi les Romains auraient-ils eu recours à un mot étranger comme *hypotheca*, s'ils avaient eu dans leur langue un terme propre?

(1) Mommsen, *Stadtrechte von Salpensa und Malaga*, p. 469. — Ascoli, *op. cit.*, pp. 46 sqq. — Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, p. 55.

(2) Cf. Pappulias, pp. 331 sqq. — Mitteis, *Z. S. S.*, XXX, pp. 443 sqq.

(3) Certains auteurs (Schulin, *Geschichte des römischen Rechts*, pp. 427-428) voient même dans la *subsignatio praediorum* une *mancipatio fiducia causa*.

(4) On a pourtant soutenu que l'Etat n'obtenait aucun droit spécial sur les *praedia subsignata*, qui seraient destinés seulement à prouver la solvabilité du débiteur.

(5) Il ne suffit pas de répondre avec Pappulias (*loc. cit.*) que le droit romain a été surtout empirique et qu'il s'est toujours attaché à la solution des problèmes les plus pressants.

III. — L'histoire de l'hypothèque est connue. Cette institution est sortie de l'ancien gage, à propos d'un cas privilégié. Les Romains, au contraire de ce que nous avons vu pour les Grecs, avaient pour les sûretés personnelles une préférence marquée. Mais il est un cas où le cautionnement n'était pas toujours possible : c'est le cas de location d'immeubles ; ces locations étaient faites souvent, en effet, soit à des gens sans ressources, soit, s'il s'agissait d'immeubles urbains, à de nouveaux arrivés qui leussent été incapables de fournir une garantie personnelle. C'est pourquoi le préteur fut conduit à sanctionner l'hypothèque du bailleur sur les meubles apportés dans les lieux loués. Pour le louage des fonds urbains, le préteur se borna à reconnaître le droit du bailleur à la *perclusio* qui équivaut à une saisie, en accordant au locataire l'interdit *de migrando*. Pour le louage des fonds ruraux, il créa l'interdit Salvien et l'action servienne. L'interdit *de migrando*, donné au locataire pour recouvrer les meubles engagés après qu'il les avait libérés en payant le loyer, joue un rôle analogue à celui d'une *actio pigneraticia directa*. Il est déjà connu de Labéon (1). On peut en conclure que l'hypothèque des *invecta atque illata* était déjà usitée à la fin de la République. Cet engagement, devenu clause de style, fut considéré comme sous-entendu dans tous les contrats de louage de maisons (2). — De même les bailleurs de fonds ruraux se firent de bonne heure donner des garanties réelles par leurs fermiers. Ils exigeaient presque toujours l'engagement des fruits et souvent l'engagement des *invecta et illata*. Comme le propriétaire du fonds rural ne pouvait avoir la *perclusio*, le préteur imagina pour le protéger l'interdit Salvien (3) opposable au colon sinon aux tiers détenteurs (4). L'innovation introduite par Salvien

(1) D., XLIII, 32, 1, § 4 : « ait Labeo interdictum hoc cessare ».

(2) D., XX, 2, 4 pr. : « eo jure utimur ut quae in praedia urbana inducta illata sunt pignori esse credantur quasi id tacite convenerit ». — Cf. D., XX, 2, 2 et 6 ; D., II, 14, 4 pr.

(3) *Percludere* éveille l'idée d'un appartement fermé par le créancier gagiste. Aucune mesure analogue n'était donc ici applicable. — Gaius, IV, 147 : « interdictum quoque quod appellatur Salvianum adipiscendae possessionis causa comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset ».

(4) Lenel, *Das Edictum perpetuum* (trad. Peltier, 1901-1903), II, p. 239.

fut complétée peu de temps après par un de ses successeurs, Servius. L'action servienne devait jouer le même rôle que la clause d'attribution de propriété usitée au temps de Caton. Elle fournissait au créancier un moyen réel pour réclamer la possession des *invecta et illata* faute de paiement à l'échéance, et cela même contre les tiers détenteurs (1). Ces innovations se placent entre le début du VIII^e siècle de Rome et le milieu du I^{er} siècle de notre ère (2).

La transition du gage à l'hypothèque s'est donc faite uniquement parce que la possession des meubles apportés sur un fonds a cessé d'être reconnue au propriétaire. Cette évolution est déjà terminée à la fin de la République, ainsi que nous l'avons vue, mais il est impossible de préciser davantage l'époque de la première apparition de l'hypothèque. Remarquons au moins que l'hypothèque romaine porte précisément sur les instruments de culture, qu'il était impossible dans le droit grec de donner en gage. Ce nom est une preuve de plus en faveur du caractère autochtone de cette institution.

IV. — En revanche on a parfois soutenu que la généralisation de l'hypothèque chez les Romains, sinon l'hypothèque elle-même, était peut-être d'origine grecque (3). Il semble bien extraordinaire que pareil résultat ait pu être obtenu. Si l'hypothèque romaine était déjà constituée avec sa physionomie propre, l'universalité de ses applications n'a guère pu venir de l'influence d'une institution étrangère qui présentait avec elle des différences assez notables. Il y a peut-être plus loin en effet de l'hypothèque grecque, au sens étroit, à l'hypothèque romaine que de la *πρᾶσις ἐπὶ λόγῳ* à la *mancipatio sub fiducia*. Le caractère essentiel de l'hypothèque lui vient surtout de la procédure de réalisation à laquelle elle aboutit. Or nous savons que le droit grec classique n'admettait pas le *jus distralendi*. L'hypothèque grecque, dans sa forme extérieure, est demeurée voisine des opérations im-

(1) *Instit.*, IV, 6, § 7.

(2) Herzen, *La date des actions hypothécaires romaines*, 1899, notamment p. 12.

(3) Herzen, *Orig. de l'hyp.*, p. 176. — Cf. réfut. dans Naber, *art. cit.*

pliquant transfert de propriété pur et simple (1). La distance est encore accrue du fait que le droit grec ne connaît pas plus l'hypothèque qu'il ne connaît la vente de la chose d'autrui.

V. — Ce ne peut donc être que dans le détail qu'un droit a réagi sur l'autre. Or ne voyons-nous pas, a-t-on dit, que l'hypothèque romaine, au moins pendant une certaine période, ressemble à l'hypothèque grecque, du fait de clauses telle que la *lex commissoria*? (2) On a même supposé que la *lex commissoria* était d'origine grecque. Cependant il convient de remarquer qu'elle figure déjà dans le formulaire de Caton, et il y a de fortes présomptions pour qu'elle sorte du vieux fonds romain. La *lex commissoria* en effet, comme le *pactum de vendendo* est une convention par laquelle les parties cherchent à munir le gage d'une sanction. A l'échéance, le créancier non payé ne peut être astreint sans inconvénients à conserver indéfiniment la simple possession du gage. Dès lors on lui reconnaît par avance le droit, soit d'acquérir la propriété de la chose, soit d'en opérer la vente. Les deux conventions sont exactement parallèles. Ce sont des moyens contractuels de suppléer à l'insuffisance d'une institution rudimentaire encore (3). Seulement ces deux conventions n'ont pas eu une fortune égale. Tandis que le *pactum de vendendo* a fini par être considéré comme de style (4) et par se sous-entendre, la *lex commissoria* a été prohibée à une certaine époque, comme trop onéreuse pour le débiteur (5). Est-ce à dire qu'elle soit d'inspiration étrangère et qu'elle n'ait jamais pénétré profondément dans la vie nationale? Les termes énergiques employés lors de sa suppres-

(1) Sous les Ptolémées, on exigeait pour l'engagement d'une chose le même impôt que pour une aliénation.

(2) Herzen, pp. 176-177.

(3) On rencontre également une convention par laquelle le créancier gagiste devient, faute de paiement à l'échéance, propriétaire à un prix fixé à dire d'experts. Marcien, *D.*, XX, 1, 16, § 9.

(4) Ulpien, *D.*, XIII, 7, 4. Sed etsi non conveniret de distrahendo pignore, hoc tamen jure utimur ut liceat distrahere, si modo non convenit ne liceat. Paul *Sent.*, II, 5, 1. *Livre syro-romain*, éd. Bruns-Sachau, pp. 28, 39, 145.

(5) *Cod. Theod.*, III, 2, 1 ; *C.*, VIII, 34.

sion donnent à penser au contraire qu'elle était d'un usage très courant. En réalité la pratique juridique, en vue d'une amélioration du gage, avait travaillé à la fois dans deux sens différents. On ne put s'empêcher de reconnaître la supériorité d'une des combinaisons sur l'autre. Le *pactum de vendendo* apparaît sans doute plus tard que la *lex commissoria*, bien que nous ne soyons pas exactement renseignés sur ce point (1). Néanmoins les deux conventions ont longtemps coexisté. D'ailleurs à maintes reprises les textes affirment que le gage n'est pas substitué à la créance, ce qui serait d'après certains la conception grecque (2). On a pensé il est vrai que le droit romain avait sur ce point lutté pour s'affranchir de l'influence grecque. Mais il serait alors bien surprenant que cette influence n'eût pas été mentionnée. C'est plus tard au contraire que l'inspiration grecque s'est fait sentir, dans le vocabulaire au moins.

En réalité la *lex commissoria*, qui permet au créancier de ne pas demeurer dans les liens du gage, comme elle permet au vendeur de ne pas rester dans les liens de la vente, la *lex commissoria* est une institution bien nationale. Certes nous ne nions pas qu'elle n'aboutisse à des résultats fort analogues à ceux que produit d'une manière spontanée l'hypothèque du droit grec. Mais il est très invraisemblable que les Romains aient cherché à réaliser conventionnellement et comme un progrès ce qui existait ailleurs à titre d'institution légale. Il faudrait en tout cas admettre pour cela que le *pactum de vendendo* a été un perfectionnement nouveau substitué à la *lex commissoria*. Or cette dernière n'a été que bien tardivement interdite. Notons surtout que dans le droit grec le fait que le gage échoit au créancier n'empêche pas qu'il doive restitution de l'excédent perçu. C'est que, tandis que la *lex commissoria* est destinée à mettre fin à une situation gênante et frappe à cet effet le débiteur en retard d'une véritable pénalité, l'acquisition de propriété par le créan-

(1) Nous savons seulement que le « *pactum de vendendo* » est déjà mentionné par Labéon, *D.*, XX, 1, 33.

(2) *D.*, XII, 1, 28; *D.*, XLVI, 1, 63; *D.*, XX, 5, 9, § 1; *D.*, XX, 1, 21, § 2; *C.*, VIII, 13, 1; *C.*, VIII, 27, 3; *C.*, IV, 24, 6; *C.*, VIII, 27, 9; *C.*, IV, 10, 10. Le premier de ces textes est particulièrement net.

cier ne résulte en Grèce que du jeu naturel et normal des institutions (1).

C'est d'ailleurs dans une autre voie que les Romains allaient s'engager. Or, d'un droit de vente de la chose hypothéquée nous ne trouvons, dans le droit privé des Grecs à l'époque classique, aucune trace, en dehors du document suspect rencontré dans le *contre Lacrite*. En tout cas, il ne s'agit pas uniquement dans ce texte d'un droit d'hypothèque, et un droit de vente n'y est expressément stipulé que pour permettre, en ce qui concerne l'excédent de la créance, l'exécution générale sur les biens, qui est peut-être au fond la meilleure garantie des prêteurs, bien que l'hypothèque du navire figure ici, comme il est d'usage dans les contrats maritimes. Rien ne nous permet en tout cas de conclure que la convention de vente de la chose hypothéquée ait été chez les Grecs fréquente, ni à plus forte raison habituelle. On peut même se demander si, loin qu'en Grèce les Grecs aient été à même d'influencer les Romains dans le sens de la vente, ce ne serait pas plutôt la réaction des idées romaines qui aurait provoqué la transformation du gage hellénique. Dans un passage, déjà cité, qui est d'une date tardive (2), nous trouvons en effet mention d'une vente de gage. Il s'agit incontestablement d'une opération de droit privé. D'autre part rien ne nous fait penser à une convention spéciale. Et il est permis de penser qu'à cette époque la contagion des pratiques et de la jurisprudence romaine avait introduit ou contribué à introduire en Grèce un mode de réalisation hypothécaire que le droit national, en dehors des contrats intéressant les personnes publiques, avait eu quelque répugnance à adopter.

Les conclusions de ce chapitre sont donc, à peu de chose près, négatives. Nous croyons qu'il y a eu entre le droit grec et le droit romain sur la matière des hypothèques quelques

(1) La constitution qui a prohibé la *lex commissoria* parle de l'*asperitas* de cette convention. — Cf. Pernice, *Z. S. S.*, V, pp. 134-135. Cet auteur interprète également la *lex commissoria* comme un moyen de contrainte. Ce moyen se serait, d'après lui, substitué à un autre, plus rudimentaire, consistant dans un simple droit de rétention et dont on trouverait un exemple dans le *Foedus latinum*.

2) Philostrate, *βίαι σαρπιστῶν*, II, 603.

échanges. Mais il nous est pour ainsi dire impossible de les suivre jusque dans le détail. Et la plus grande réserve s'impose. L'institution hypothécaire grecque et l'institution hypothécaire romaine répondent à des idées assez différentes. Il serait inexact de dire d'ailleurs qu'il y a, de l'une à l'autre, progrès. L'une se caractérise simplement à l'encontre de l'autre par des acquisitions de propriété que facilite le caractère non solennel du droit.

SECTION II

LE DROIT DES PAPYRUS COMME INTERMÉDIAIRE

L'Egypte nous offre un cas privilégié qui pourrait permettre une étude de l'évolution du gage. Elle a toujours eu une population composite ; et bien des influences ont pu se combiner sur son territoire. Dès le temps des Pharaons, l'Egypte était mêlée de nationalités étrangères ; et ce cosmopolitisme n'a fait que croître avec la conquête grecque. Le contraste entre l'élément hellénique et le vieil élément national domine la vie juridique tout entière. D'ailleurs le principe de la personnalité des lois est pleinement consacré par les Ptolémées (1).

Le droit grec et le droit égyptien paraissent dans ce long contact avoir déteint l'un sur l'autre. Mais l'étude de cette influence réciproque soulève des difficultés que les critiques compétents se déclarent, dans l'état actuel des choses, impuissants à résoudre (2).

Enfin à l'époque des Empereurs apparaît une population romaine. Le Romain conserve en Egypte son droit personnel. C'est ce qui ressort de tous les documents qui appartiennent au pur *jus civile* (3). Le droit grec et le droit romain ont été néanmoins en mesure de réagir l'un sur l'autre. C'est le problème de ces réactions que nous voudrions parvenir à formuler à propos de l'hypothèque. Car il ne saurait guère être question de solutions à cette heure.

(1) C'est dans les πολιτικοί νόμοι que l'on trouve, non comme l'on a cru longtemps, les lois applicables à l'ensemble de l'Etat ptolémaïque, mais les règles, reconnues par cet Etat, qui régissaient la population grecque. — Cf. Mitteis, *Grundzüge der Papyrskunde*, p. XII.

(2) Mitteis, p. XVI. Il serait surtout intéressant de savoir si les contrats hypothécaires sont de pure origine hellénique, ou s'ils ont été influencés par les principes du gage égyptien.

(3) La langue et la forme de ces documents sont latines. Quant aux opérations du *jus gentium*, revêtent-elles un caractère particulier lorsqu'elles ont lieu entre Romains ? On a cru relever certaines différences, à propos des contrats hypothécaires notamment. Il est au contraire évident, selon Mitteis (p. XVII), que les Romains en Egypte emploient, même entre eux, les types helléniques d'opérations. Et dans tous les cas, ils se plient au pur droit grec dans leurs rapports avec les non-citoyens.

CHAPITRE PREMIER

Hypothèque proprement dite

L'hypothèque purement égyptienne semble avoir eu un caractère très particulier. Sans doute elle n'impliquait pas de possession du propriétaire. Mais elle se réduisait à une voie d'exécution générale sur les biens (1). Elle ressemble à une *πρόξιν κατὰ πᾶν ἐκ δόξης*. L'hypothèque générale a pour but de permettre la vente des choses dans la limite nécessaire pour assurer l'effet du contrat. Elle porte sur tous les biens présents et à venir du débiteur. Elle se rencontre d'abord dans les contrats de mariage, toutes les fois que la femme est censée apporter dans le ménage quelque bien propre : trousseau, dot, créance, etc. Elle est également de règle dans tous les contrats de louage, soit de biens de ville soit de biens ruraux. *Aouo* est le terme général qui sert à la désigner. Le créancier n'obtient un droit sur la chose qu'à partir de la saisie effective. L'hypothèque est simplement destinée à remplacer un jugement, en cas de non-paiement par le débiteur, et à mettre celui-ci à l'échéance dans la situation d'un condamné. Jusqu'à cette date les pouvoirs du débiteur ne sont pas amoindris : il peut vendre ses biens et les aliéner librement.

Les idées juridiques sur lesquelles reposent cette garantie paraissent étrangères aux principes du gage grec, qui aboutit à une acquisition limitée de propriété 2).

Les papyrus grecs d'Égypte nous offrent en revanche un

(1) Révillout, *op. cit.*, p. 268 et *passim*. Les Égyptiens ont également connu une opération analogue à la *πρόξιν ἐπὶ λόσει*, à la *mancipatio sub fiducia* (pp. 165 sqq.). — Cf. Spiegelberg, *Demotische Kaufpfandverträge, Recueil des travaux relatifs à l'archéologie égyptienne et assyrienne*, 1909.

(2) Révillout, *op. cit.*, p. 199, croit cependant que l'hypothèque grecque a été influencée par les idées juridiques égyptiennes, dont l'influence se serait combinée avec celle de principes venus de Chaldée. Mais cet auteur tend à grossir démesurément l'influence de l'Égypte, sans toujours la justifier d'ailleurs.

champ d'investigation aussi vaste que suggestif (1). Sans doute nous ne connaissons pas toujours exactement la nationalité des parties qui y sont en cause; car la forme même des noms n'est pas toujours un indice suffisant (2). Or les Egyptiens étaient toujours reçus à contracter dans la même forme que les Grecs (3). Néanmoins, dans son ensemble le droit de gage des papyrus est conforme à l'esprit de la vieille Grèce.

La terminologie est extrêmement variée; et il convient de dégager la notion d'hypothèque, au milieu de notions ou tout au moins de termes très voisins les uns des autres Ὑποθήκη, ὑποτίθεσθαι, ὑπάλλαγμα, ὑπαλλάττειν, ἐνέχυρον, ἐπενέχυρον, ὑπέγγυον, καταχρηματίζειν. Et l'on rencontre aussi les mots μεσιτήρ, μεσιτεύειν, διεγγύημα, κατοχή, κατέχειν. Ὑποθήκη et ὑπάλλαγμα reviennent le plus fréquemment. Ces mots sont appliqués en général à des immeubles, mais parfois à des meubles (4). Le mot ἐνέχυρον paraît avoir un sens plus restreint qu'en Grèce et ne s'applique qu'au gage mobilier (5).

L'engagement se réalise par un contrat, celui-ci pouvant

(1) Cf. sur l'hypothèque gréco-égyptienne, en dehors des ouvrages déjà cités, Costa, *Dell' ipoteca greco-egizia*, *Memorie della Classe di scienze morali della R. Accademia delle Scienze dell' Istituto di Bologna*; id., *Bullettino dell' Istituto di diritto romano*, XIV, pp. 47-50; XVII, pp. 96-102. Dans la suite de ces développements, nous avons adopté pour les citations les abréviations courantes (*Amherst Papyri*, Londres, 1900-1901 = *P. Amh.*; — Rabel, *Eine Hypothekarurkunde aus der Zeit Hadrians* = *P. Bas.*; — *Aegyptische Urkunden aus den königlichen Museen zu Berlin*, 1895-1909 = *B. G. U.*; — *Fayum towns and their papyri* (Grenfell et Hunt), 1900 = *P. Fay.*; — G. Vitelli, *Papiri Fiorentini*, 1906 = *P. Flor.*; — *Griechische Papyri zu Giessen*, 1910 = *P. Giss.*; — Grenfell et Hunt, *Greek Papyri Series II*, 1897 = *P. Grenf. II*; — Meyer, *Griechische Papyrus Urkunden der Hamburger Stadtbibliothek* 1911 = *Hamburg Pap.*; — *Griechische Urkunden der Papyrussammlung zu Leipzig* (Mitteis et Wilcken), 1906 = *P. Lips.*; — *Greek Papyri in the British Museum* (Kenyon et Bell), 1896-1910 = *P. Lond.*; — *The Oxyrhynchos Papyri* (Grenfell et Hunt), 1899-1910 = *P. Oxy.*; — *Corpus Papyrorum Raineri*, 1895 = *C. P. R.*; — *Papyrus Th. Reinach*, 1905 = *P. Rein.*; — *Griechische Papyri zu Strassburg* (Preisigke), 1906-1907 = *P. Strassb.*; — *The Tebryn Papyri* (Grenfell et Hunt), 1902-1907 = *P. Teb.*).

(2) Mitteis, *op. cit.*, p. XVI n. 1.

(3) Mitteis, p. XV, n. 5.

(4) *B. G. U.*, 567, 24; *P. Lond.*, II, p. 220, l. 12; *P. Amh.*, 144, 10. — Cf. Marc Modica, *op. cit.*, p. 284.

(5) *C. P. R.*, 12; *P. Fay.*, 109; *P. Magd.*, 13. — Toutefois ἐνεχυράζειν désigne toute espèce d'exécution.

prendre n'importe quelle forme. La souplesse est la même que dans le droit grec, avec cette différence que certaines mesures de publicité sont prises (1).

En cas d'hypothèque, l'intention du constituant s'affirme d'ordinaire en ce que le créancier verra à l'échéance le gage lui échoir à défaut de paiement. Le créancier pourra *καρτεναι* (2) ou *κατάλναι* (3). L'hypothèque gréco-égyptienne est, comme l'hypothèque de la vieille Grèce, un gage dont la propriété s'acquiert au bout d'un certain délai. La réalisation du droit du créancier s'opère toujours par une *ἐμδολεία* (4), et l'*ἐμδολεία* est opposée par les textes à l'*ἐνελύχματα* qui correspond à notre saisie. Il est à remarquer que ce résultat caractéristique est obtenu par voie contractuelle, comme dans la *lex commissoria* des Romains. Mais la clause est de style dans tous les contrats hypothécaires (5). En tout cas nous n'avons pas affaire comme dans la vieille Grèce à une institution légale. Bien que les documents de l'époque ptolémaïque nous fassent complètement défaut, il y a lieu de supposer qu'ils nous révéleraient une hypothèque dont la forme n'eût pas été très différente. Les contrats gréco-égyptiens que nous possédons nous offrent une hypothèque intermédiaire entre celle des Grecs et celle des Romains (6). La échéance du gage était d'ailleurs réglée par la loi. En tout cas nous ne possédons aucun contrat hypothécaire où il soit question de la vente du gage (7).

Nous ne trouvons dans les documents aucune clause re-

(1) Chirographum : *P. Lip.*, 10. — Contrat notarié : *P. Oxy.*, 483 ; *P. Flor.*, 1 ; *P. Strassb.*, 52 ; *P. Lond.*, II, p. 219, etc. — Synchorexis : *B. G. U.*, 741 ; 1167, col. III. — Diagraphè : *P. Flor.*, 23 ; *P. Giss.*, 31, 17. — En cas de chirographum, il faut une *δημοσιωσις* ; en cas d'engagement notarié ou de diagraphè, il faut des annonces chez les *βιβλιοφύλακες ἐγκτησέων* et leur autorisation (*P. Oxy.*, 483). Le droit est ensuite enregistré dans le *διαστρώμα*.

(2) *P. Oxy.*, 270, 20.

(3) *P. Flor.*, 1, 7.

(4) *P. Flor.*, 1, 7 ; 81, 12 ; 86, 23 ; *P. Strassb.*, 52, 5. — Cf. *P. Oxy.*, 274, l. 8 et l. 25.

(5) *P. Flor.*, I, 81 ; *P. Strassb.*, 52 — *P. Oxy.*, 483, 506. — *P. Bas.*, 7, etc.

(6) On voit ici l'in vraisemblance de la thèse de Pappulias, d'après laquelle l'hypothèque aboutissant à une vente aurait déjà pris corps en Grèce au temps des Orateurs.

(7) Il ressort au contraire de certains documents que celui qui engage son bien confère à l'autre partie un véritable droit de propriété. — (Cf. *B. G. U.*, 993, col. III, l. 11).

lative au règlement de l'*hyperocha*. Est-ce à dire qu'il y avait nécessairement compensation entre la créance et la chose engagée? Trop souvent on se représente la question de l'*hyperocha* comme liée à celle de la *distractio pignoris* (1). Nous l'avons déjà noté à propos de la Grèce. Nous le répétons à propos de l'Égypte. Peut-être les contrats hypothécaires ne parlaient-ils pas de l'obligation de restituer l'excédent qui grevait le créancier hypothécaire parce que la chose était considérée comme naturelle. Plus vraisemblablement il faut en voir la mention dans un acte imposé lors de la réalisation de l'hypothèque, et que les textes appellent *ἐπικαταβολή* (2).

On a fait valoir aussi en faveur de cette hypothèse le fait que l'hypothèque gréco-égyptienne des premiers siècles de notre ère n'aurait pu se trouver en retard par rapport à l'hypothèque pratiquée à une date antérieure à Ephèse et dans d'autres cités grecques telles que Samos et Egialè. Cet argument est beaucoup moins convaincant; et d'ailleurs nous ne rencontrons pas dans les papyrus un seul exemple sûr des secondes hypothèques dont l'usage était à Ephèse si ordinaire. Nous trouvons bien parfois deux hypothèques successives sur le même bien accordées à un seul créancier, mais jamais à deux créanciers différents.

L'hypothèque des papyrus est donc semblable à l'hypothèque grecque classique. Peut-être offre-t-elle cependant certaines particularités qui tiennent au droit égyptien, mais que nous ne pouvons déterminer. Elle est d'ailleurs considérée comme étant *juris gentium*; et ses particularités sont applicables même aux Romains (3). On a sans doute fait remar-

(1) Cf. Mitteis, *Z. S. S.*, XXX, p. 446 (compte-rendu de l'ouvrage de Pappulias), et le renvoi à la p. 148 de ce dernier auteur.

(2) L'*ἐπικαταβολή* est la dernière phase de la réalisation de l'hypothèque. Comment expliquer ce terme obscur? Se réfère-t-il à une opération destinée à parfaire la prise de possession de la chose hypothéquée? Ce serait, d'après certains critiques, une sorte de déclaration privée de la prise de possession. Mais Mitteis, (*Grundzüge*, pp. 164-165), a très heureusement remarqué que *ἐπικαταβάλλειν* signifie payer. Ne s'agit-il pas dès lors du paiement de l'*hyperocha*? Le premier auteur qui ait proposé cette interprétation est Wessely. — Cf. une autre explication du mot, d'un caractère fiscal celle-là, proposée à titre subsidiaire, p. 165. — Cf. Marco Modica, *op. cit.*, p. 285.

(3) *B. G. U.*, 888.

quer que les contrats où les parties sont des Romains présenteraient des caractères spéciaux. On ne stipule pas la déchéance de la propriété pour le débiteur; mais on reconnaît au créancier le droit de *τοῖς νομίμοις ἐξέσθαι* ce qui a parfois fait penser au *jus distrahendi* (1). Néanmoins Mitteis a très à propos objecté que pareille disposition se trouve dans un papyrus pérégrin (2).

A quel moment a disparu ce gage de forme grecque? A quel moment l'application universelle du droit romain a-t-elle été réalisée? Les sources, qui nous font défaut à partir du *iv^e* siècle après J.-C., ne nous permettent pas de répondre à ces questions. On a supposé que la prohibition par Constantin de la *lex commissoria* avait été funeste à ce type de sûreté (3). Il est cependant à noter que la clause de déchéance du gage telle qu'elle figure dans les contrats hypothécaires égyptiens ressemble beaucoup moins à la *lex commissoria* du droit romain, qu'elle ne calque l'organisation légale du gage grec antérieur. Ce n'est pas un moyen de contrainte destiné à peser sur la volonté du débiteur; c'est une institution qui n'a rien de comminatoire, mais qui aboutit au contraire à un règlement équitable des droits en conflit (4).

Maintenant que les traits essentiels de l'hypothèque gréco-égyptienne sont fixés, il reste à envisager un certain nombre de points secondaires. Quels sont exactement les droits et les obligations des parties? Le créancier, dès la constitution, acquiert-il sur la chose un droit de propriété sous condition suspensive? On pourrait dire, il est vrai, que la seule obligation qui incombe au débiteur est celle de transférer la propriété. Mais le droit gréco-égyptien n'est pas un droit solennel. Aucune tradition ou mancipation n'est exigée pour le transfert de propriété. La déchéance du gage

(1) B. G. U., 741 ; P. cattani, verso ll. 11-13. — Cf. de Ruggiero, *Il divieto d'alienazione del pegno*, p. 21.

(2) Mitteis, *Grundzüge*, p. 130. — Cf. P. Bas., 7, 19.

(3) *Ibid.*

(4) Cf. *supra*, *passim*. — Cf. sur le caractère de la *lex commissoria* en droit romain, Pernice, Z. S. S., V, pp. 134-135.

était en réalité automatique (1). L'hypothèque était moins un gage qu'une propriété conditionnelle.

Les contrats hypothécaires contiennent en Egypte interdiction d'aliéner (2). Ce point est commun, nous allons le voir, à l'hypothèque et à d'autres institutions du même ordre. Les prohibitions ont pris un développement inattendu. Il est assez difficile de savoir si elles sont légales ou contractuelles. Nous croyons qu'elles peuvent s'expliquer comme celles de la vieille Grèce par la préoccupation de réaliser facilement l'ἑμβασειν. On a mis en lumière que l'existence de droits de gage rend impossible, pour le constituant au moins, la transcription de la propriété par la βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων (3) (4).

(1) Mitteis, *op. cit.*, p. 146. — Cf. Rabel, *Z. S. S.*, XXVIII, p. 338, n. 1; Marco Modica, *op. cit.* p. 285. La similitude à ce point de vue de l'hypothèque gréco-égyptienne et de l'hypothèque de la Grèce ancienne a été heureusement mise en relief par Costa, *Bulletino dell'istituto di diritto romano*, XVII, p. 97. La procédure de réalisation de l'hypothèque nous est connue par *P. Oxy.*, 485. — 1° Une ἐνεχυράσις n'était pas nécessaire; 2° En revanche le créancier n'était pas dispensé de faire par l'intermédiaire de l'ἀρχιδικαστής une sommation. — Cf. *Rendiconti della R. Accademia dei Lincei, Classe di sc. mor. stor. filol.*, XIII, série 5a, fasc. V, 1904; Vitelli, *Atene e Roma* VI, 1903, coll. 333-338, II, 20/22. — Costa, *art. cit.*, pp. 100 sqq. En somme la réalisation du gage hypothécaire était, au contraire de ce qui avait lieu en Grèce, une opération judiciaire. Les parties pouvaient d'ailleurs conventionnellement modifier ce caractère. (Cf. Mitteis, *op. cit.*, p. 163. — *Z. S. S.*, XXVII, p. 346). 3° La dernière phrase enfin est l'ἐπικαταβολή.

(2) *P. Flor.*, 81; *Strassb.*, 152; *Bas.*, 7; *Oxy.*, 506.

(3) *Hamburg., Pap.*, n° 15 — Mitteis, *op. cit.*, p. 149.

(4) On a parfois prétendu que la règle de l'indivisibilité de l'hypothèque se trouvait infirmée par les papyrus. Et l'on a invoqué dans ce sens *P. Lond.*, II, n° 196 II, l. 32, *B. G. U.*, 443, 19. Dans le premier de ces textes notamment, il est dit, après un paiement partiel, que le paiement du reliquat sera garanti ἐπὶ ταῖς λοιπαῖς ἀρούραις β. — Cf. Gradenwitz, *Archiv für Papyrusforschung*, II, p. 100 en note. En réalité il s'agit sans doute ici de conventions particulières. Cela est rendu d'autant plus vraisemblable par le fait que les parties en cause dans ces papyrus sont des Romains. (Mitteis, p. 157).

CHAPITRE II

Institutions similaires

Pour acquérir une notion exacte de l'hypothèque, il importe de la replacer maintenant dans le groupe, si abondant, des sûretés réelles, et de la comparer à d'autres garanties analogues.

I. — On rencontre très souvent dans les papyrus le transfert de propriété en garantie d'une créance. L'opération s'appelait *ὥνῃ ἐν πίστει*, ce qui fait songer à la *πίστις ἐπὶ λύσει*, mais aussi et surtout à l'aliénation fiduciaire (1). Ce transfert de propriété n'impliquait pas d'ordinaire une entrée en possession du créancier. Le débiteur continuait comme par le passé à administrer et à faire valoir la chose. La ressemblance de cette institution avec l'hypothèque est si accusée que parfois le créancier ignore s'il doit se considérer comme acheteur ou comme simple créancier hypothécaire (2). Dans un document assez récemment publié on voit une certaine Cornelia s'obliger vis-à-vis de son débiteur, au cas où il lui rendrait dans huit mois les quatre-vingts drachmes de sa dette, à ἀντιπαράχωρησιν(σεν) αὐτῷ... ἢν παράχωρησιν(ται) παρ' αὐτοῦ... γὰρ χερσὸν ἀμπελῆτιν ἀρουρ(ων) πέντε. (3).

(1) *P. Heidelb.* 1278. ἐπελύσατο ὥνῃν ψιλοῦ τόπου... ἐν ὑπέθετο Πατοῦτι καὶ Βοκενούπει κατὰ συγγραφὴν ὥνῃς ἐν πίστει. — *P. Oxy.*, 472 et 486. — Cf. Mitteis, p. 135, Manigk, *νῶ Fiducia* (Pauly-Wissowa), in fine.

(2) *B. G. U.*, 650.

(3) *B. G. U.*, 1158. — Cf. pour un cas de cession de créance κατὰ πίστιν *B. G. U.*, 1171. Le premier texte cité plus haut avait été contesté par Manigk (art. cit. et *Z. S. S.*, XXX, p. 328), sous prétexte que les mots ἐν πίστει ne se rapporteraient pas à ὥνῃς, mais dépendraient directement d'ὑπέθετο. Il s'agirait en d'autres termes d'une opération de vente à crédit garantie par une hypothèque sur la chose vendue. L'acheteur Panobchounis paierait le prix de vente et libérerait du même coup la chose. — Cf. réfutat. de cette idée dans Mitteis, pp. 137-138. Le terme ἐπελύσατο fait au contraire immédiatement penser à une vente à pacte de rachat. D'ailleurs, dans l'interprétation de Manigk, la construction de la phrase serait absolument anormale à cause de l'éloignement du verbe et du régime. Ce dernier argument est peut-être plus probant encore que celui tiré par Mitteis de l'expression ἐπελύσατο ὥνῃν, qui ne saurait équivaloir à ἐπελύσατο τιμὴν. — Cf. M. J. Bry, *Essai sur la vente dans les papyrus gréco-égyptiens*, 1909, pp. 308 sqq. (analyse sommaire du texte).

Il est probable que, comme dans la *πρᾶσις ἐπὶ λύσει* aucune rétrocession n'était nécessaire en cas de défaut de paiement à l'échéance. La propriété de l'acquéreur fiduciaire devait être considérée comme résolue *ipso jure*. Les textes en tout cas ne font nulle mention d'une revente (1). Et un papyrus au moins semble prouver précisément le contraire (2). On y voit que le droit du créancier à l'échéance n'est pas un simple droit personnel, mais un droit réel.

Ce contrat d'une manière générale est donc singulièrement voisin du contrat d'hypothèque. Il s'en rapprocherait encore, s'il faut en croire certains, par d'autres traits. On a prétendu en effet que les deux opérations impliquaient une exclusion de la responsabilité personnelle du créancier. La constitution de gage dans les deux cas équivaldrait à une *datio in solutum*. Dès lors le créancier, qui a accepté de recevoir la chose en paiement, ne pourrait plus exiger du débiteur l'exécution de l'obligation principale. Cette conclusion ne nous a pas paru justifiée pour le droit grec. En fait le créancier reçoit quelquefois paiement après l'échéance, s'il n'a pas pratiqué l'*ἐμβάτευσις* et nous ne savons si dans les exemples que nous possédons de ce paiement tardif, le créancier n'avait pas poursuivi le débiteur. Cependant il est très exact que le créancier en possession ou en mesure d'obtenir la possession d'un gage, la plupart du temps équivalent ou supérieur au montant de sa dette, s'en tient presque toujours à ce gage. Et si la constitution d'hypothèque ou de *πρᾶσις ἐπὶ λύσει* ne supprime pas légalement toute responsabilité personnelle du créancier, elle la fait pratiquement reculer dans l'ombre. Voyons maintenant comment le cas était résolu dans le droit gréco-égyptien.

Un papyrus (3) nous dit qu'en cas de non-paiement le

(1) L'un des arguments de Manigk contre l'interprétation donnée de *P. Heidelberg*, 1278 est que l'on attendrait, s'il s'agissait d'une vente fiduciaire, l'indication d'un nouveau transfert de propriété. Mais nous croyons précisément que l'ὥν ἢ ἐν πίπτει des papyrus se rapproche beaucoup moins de la *mancipatio fiduiciae causa* que son nom ne paraît l'indiquer. C'est à la *πρᾶσις ἐπὶ λύσει* qu'il faut surtout songer ici. Mitteis (p. 138 et p. 152) semble incliner en faveur de cette conception.

(2) *B. G. U.*, 1158, 33.

(3) *B. G. U.*, 1158, II. 13-14. — Cf. Mitteis, p. 140, qui semble dans tout ceci prendre pour point de départ les thèses de Hitzig sur la nature de l'hypothèque grecque et les considérer comme définitivement établies.

créancier a le choix, ou de poursuivre personnellement le débiteur, ou de s'en tenir à son contrat de vente. Cela prouve simplement, a-t-on dit, qu'à l'époque où se place le texte en question la libération du débiteur par le transfert fiduciaire de propriété n'était plus un *jus cogens*. En réalité, nous n'en savons rien. Comme le remarque Mitteis lui-même, il nous est presque toujours impossible de déterminer si les clauses contenues dans un papyrussont des clauses essentielles, sans lesquelles l'opération même ne pourrait se concevoir ou si elles sont au contraire des clauses accidentelles. Le texte ne peut guère être exploité ni dans un sens ni dans l'autre, Or c'est à ceux qui soutiennent la conception des sûretés réelles grecques et gréco-égyptiennes que nous venons de définir d'administrer leurs preuves ; car cette conception renverse les idées reçues à propos des garanties. On a cité, il est vrai, en matière hypothécaire, divers textes (1). Dans le premier nous voyons que cinq prêts ont été consentis par une même créancière à un débiteur unique, les quatre premiers ἐπὶ ὑποθήκῃ ἄρτους τριῶν, le cinquième sans hypothèque, mais avec cette stipulation que la débitrice n'aurait pas besoin de donner mainlevée jusqu'au paiement intégral de ces dettes, y compris la cinquième (2). Or la créancière affirme maintenant dans une requête aux fins de sommation que si le débiteur ne la paie pas, elle va le poursuivre sur les biens hypothéqués à raison des quatre premiers prêts, et sur le reste de son patrimoine à raison du cinquième. Mitteis a pensé que cette différence n'était pas due au hasard, et que précisément l'existence d'une hypothèque excluait la poursuite sur les autres biens. L'explication est peut-être beaucoup plus simple. Si les hypothèques constituées sont suffisantes pour couvrir les créances qu'elles garantissent, si d'autre part la procédure de l'ἐμμεσίς est plus simple que celle de l'ἐνεχυράσις, n'est-il pas très compréhensible que la créancière, qui a surtout en vue des acquisitions immédiates de propriété, néglige de faire mention de son

(1) *P. Flor.*, 86, 23 ; *P. Oxy.*, 485, 27 sqq.

(2) Sur le caractère de cette disposition, cf. Mitteis, pp. 144 et 156.

droit de gage sur l'ensemble du patrimoine débiteur ? (1). A l'inverse on a soutenu que dans tous les documents hypothécaires où il est fait mention d'une obligation du patrimoine, le caractère exceptionnel et anormal de cette obligation se révèle de lui-même. Dans un texte (2) il est dit que, si l'hypothèque ne suffit pas, ou si la chose vient à périr, le débiteur répondra de l'ἑλλείπον sur le reste de son patrimoine. Mais il est bien difficile de tirer de ces textes un argument *a contrario* pour établir que normalement le débiteur n'était pas personnellement obligé. On a souvent l'impression en lisant les papyrus d'une certaine redondance dans la rédaction. Nous avons du reste en sens inverse un texte qui a arrêté bien des critiques et sur lequel nous reviendrons tout à l'heure (3). A l'heure actuelle en tout cas la démonstration n'est pas faite que l'hypothèque ni la vente à réméré aient été considérées en Egypte comme de simples satisfactions forfaitaires (4).

Ainsi que dans le vieux droit grec, vente à réméré et hypothèque sont donc très voisines l'une de l'autre (5). Or la question s'est posée à nouveau de savoir quelle était l'institution primitive. Question bien oiseuse en vérité si l'on admet que le droit des papyrus prend sa source dans le droit grec, puisque l'antériorité d'une forme de gage sur l'autre nous a déjà paru indémontrable en ce qui concerne l'Hellade. Ajoutons que pour établir une filiation en Egypte les documents nous font complètement défaut (6). Les papyrus que nous possédons sont assez tardifs pour que nous ne puissions

(1) Le second texte est encore moins probant. C'est vraisemblablement (?) un document hypothécaire (cf. Mitteis, *Chrestomathie*, n° 246) et il n'y est question que de la réalisation par ἐμπεδία. Mais que peut-on en conclure ?

(2) *B. G. U.*, 741, 29 sqq. — On trouve des dispositions analogues dans *P. Flor.*, 1, 9 sqq. et dans *P. Strassb.*, 52, ll. 10-12.

(3) *P. Bas.*, 7, — Cf. Rabel, *op. cit.*, p. 103.

(4) A cette question se rattache naturellement celle des risques de la chose. Car si la responsabilité personnelle est écartée, le créancier supporte naturellement les risques ; s'il en est autrement, les risques incombent au débiteur. — Cf. sur ce point, *B. G. U.*, 1158, 17 sqq., qui paraît favorable à notre thèse.

(5) Elles diffèrent toutefois au point de vue fiscal. La vente paie un impôt de 5 % ; l'hypothèque ne paie que le τέλος ὑποθήκης (2 %).

(6) Mitteis, *Grundzüge*, p. 139. On s'étonne de voir ensuite cet auteur admettre (p. 152) que l'hypothèque est issue du transfert de garantie.

remonter aux origines du gage gréco-égyptien. Et rien ne nous prouve d'autre part que le transfert de garantie ait cédé progressivement le pas à l'hypothèque ou à une autre forme de sûreté qui va nous occuper maintenant.

II. — On a longtemps confondu avec l'hypothèque une institution dont les papyrus nous offrent de très nombreux exemples et qu'ils appellent *hypallagma* (1). De fait il est parfois assez délicat de distinguer les caractères et de délimiter le domaine des deux sûretés. Néanmoins des tentatives énergiques ont été faites en ce sens.

L'hypallagma a été jusqu'à ces dernières années considéré comme une forme relativement récente de gage. Mais son existence est maintenant prouvée pour les dernières années qui ont précédé notre ère ; et le plus ancien hypallagma qui nous ait été transmis est antérieur d'un siècle au plus vieux contrat hypothécaire que nous possédions. Sur la fonction originaire de l'hypallagma, sur ses rapports historiques réels avec le transfert de garantie et avec l'hypothèque, on ne peut faire, en l'absence de documents ptolémaïques, que des conjectures. Cherchons au moins à dégager la physiologie de l'institution à l'époque où elle nous est connue (2).

Tout d'abord les contrats hypallagmatiques ne contiennent aucune clause analogue à la *lex commissoria* qui fait au contraire partie intégrante des contrats hypothécaires (3). L'hypallagma implique une responsabilité de l'ensemble du patrimoine débiteur, tandis que le principe de cette responsabilité est contesté, nous le savons, pour l'hypothèque. D'autre part le mode de réalisation n'est pas le même : tandis que l'hypothèque aboutit directement à *ἡμολογία*, l'hypallagma

(1) Dans le sens d'une assimilation de l'hypallagma à l'hypothèque, Manigk, *art. cit.* En réaction contre cette idée, Mittels *Grundzüge*, pp. 141 sqq ; et surtout Andreas Bertalan Schwarz, *Hypothek und Hypallagma*, 1911.

(2) Ὑπάλλαγμα signifie objet d'échange (cf. Mittels, p. 147 ; Schwarz, p. 12). Il n'y a rien à tirer de cette étymologie, puisque précisément on a voulu montrer que l'hypallagma, au contraire de l'hypothèque, n'était pas un gage compensatoire. En réalité, cette idée de gage compensatoire a été fort exagérée, aussi bien pour l'Égypte que pour la Grèce. Et il y a un mot que l'on pourrait dénoncer comme ayant joué dans tout ceci un rôle perturbateur : c'est le mot allemand *Verfallpfand*.

(3) Cf. Rabel, *op. cit.*, p. 29. — Schwarz, pp. 1-2.

ne permet d'abord que l'ἐνεχυράσις, c'est-à-dire la prise du gage.

Tels sont les points capitaux, dont l'interprétation a fait l'objet d'une polémique assez vive.

Si la *lex commissoria* fait défaut dans les contrats hypallagmatiques, il faut remarquer, a-t-on dit (1), qu'elle ne figure pas dans tous les contrats hypothécaires sans exception (2). D'ailleurs que signifierait l'antithèse établie ? L'hypallagma conduit en fin de compte, même sans cette clause, à une acquisition de propriété. Sur le premier point, il est très exact, qu'un texte assez net se présente de contrat hypothécaire sans *lex commissoria*. C'est en vain que l'on cherche à tourner le texte en objectant qu'il s'agit de Romains. Le créancier aura le droit de ἐπιτελεῖν τὰ κατὰ τῆς ὑποθήκης νόμιμα, et d'autre part poursuivre l'exécution sur tous les biens du débiteur. Le texte ne prévoit, il est vrai, cette dernière mesure que dans deux cas. Mais comment pourrait-on s'étonner si l'hypothèque constituée est suffisante pour couvrir le créancier ? Il est impossible de voir dans ce texte une distinction entre deux régimes : celui de la compensation pure et simple s'opérant entre la chose acquise en propriété sous condition suspensive et la dette, qui serait le régime de l'hypothèque, et celui d'une responsabilité générale et indéfinie, qui serait précisément le régime de l'hypallagma (3).

Quoi qu'il en soit, la constitution d'hypallagma est toujours accompagnée d'une clause d'exécution générale sur les biens. On pourrait même dire que l'hypallagma n'est qu'un supplément de garantie. Le créancier hypallagmatique est placé dans la situation d'un créancier chirographaire ordi-

(1) Manigk, *art. cit.*, pp. 286-294.

(2) *B. G. U.*, 741. — Les contrats hypallagmatiques que nous possédons sont : *B. G. U.*, 1147 ; *B. G. U.*, 1149 ; *B. G. U.*, 1053, col. 1 ; *B. G. U.*, 1167 ; *P. Lond.*, II, pp. 219 sqq. ; *P. Flor.*, 28 ; *P. Lips.*, 10 ; *C. P. R.*, p. 59. Le tout embrasse une période de plusieurs siècles. Ces documents proviennent des trois provinces d'Alexandrie, de Fayum et d'Hermopolis. L'existence de l'hypallagma nous est encore attestée à Oxyrhynchos (*P. Oxy.*, 907, 18 ; 1034, ll. 3-4) et à Antinoupolis (*P. Lond.*, III, p. 163, 12). C'est donc bien une institution générale, et non, comme on l'a parfois prétendu, le résultat de certaines particularités locales de rédaction.

(3) On a soutenu que le mot πρᾶξις se référait exclusivement au régime de l'hypallagma.

naire, avec cette différence qu'en outre, il pourra s'en prendre plus spécialement à certaines choses désignées d'avance et que le débiteur s'engage à ne pas aliéner. C'est une sorte d'indisponibilité qui vient frapper ces biens, sans que le créancier ait naturellement à en supporter les risques. "Εν δὲ αὖτις, disent les textes au sujet des choses données ἐν ὑπαλλάγματι. C'est le contraire qui a lieu, nous le savons, dans les contrats hypothécaires, où le droit réel sur la chose engagée passe au premier plan (1).

L'hypothèque et l'hypallagma ne sont pas des institutions immédiatement séparées l'une de l'autre par leur régime légal. Tout dépend de l'intention des parties. Dans un cas le créancier désire vraisemblablement obtenir comme compensation de sa créance la propriété d'une chose appartenant au débiteur. Il contracte de telle manière que la procédure grâce à laquelle il va pouvoir à l'échéance s'emparer de cette chose soit simplifiée. Ce n'est pas à dire qu'il renonce pour cela à ses autres droits. Dans l'autre le créancier ne tient qu'à l'extinction de l'obligation, sous quelque forme qu'elle soit obtenue. Nous connaissons trop mal la procédure générale de l'exécution forcée (2) pour pouvoir préciser davantage. En tout cas, le créancier, par mesure de prudence, se réserve de pouvoir acquérir la propriété de certains biens. Mais, comme il n'attache pas à cette clause un intérêt primordial, la suppression de l'ἐνέχυρον n'est pas stipulée.

Car tel est au fond le principal des traits qui distinguent les deux sûretés : la procédure employée pour les réaliser (3).

(1) Cf. Schwarz, *passim* et notamment p. 29. Mais cet auteur ne nous semble pas avoir établi que la responsabilité personnelle était exceptionnelle dans l'hypothèque et qu'elle n'intervenait que comme une ressource subsidiaire. Tout ce qu'il y a lieu de dire, c'est que dans les contrats d'hypothèque, les parties avaient surtout en vue la propriété éventuelle sur la chose.

(2) Cf. Mitteis, p. 20.

(3) Il est, d'autre part, très compréhensible qu'en raison de l'importance attachée par le créancier à l'hypothèque, ce dernier se fasse fournir des garanties de sa garantie, absolument comme s'il se portait acquéreur de la chose (P. Oxy., 485; P. Strassb., 52; P. Bas., 7). Dans les contrats hypallagmatiques, il n'est jamais question de βεβαιώσεις. (Il y a une exception cependant dans P. Flor., 28, 19 sqq.). L'interdiction d'aliéner est considérée comme suffisante.

Mais cette différence tient, semble-t-il, à des dispositions contractuelles. Il est à noter d'ailleurs que cette différence n'est pas très accusée. Normalement la réalisation du droit de gage n'est jamais un acte purement privé comme dans la vieille Grèce. Dans les deux cas un titre exécutoire est nécessaire (1); et l'ἐμβολή, nous le savons, est loin d'être un acte unique et absolument simple (2). Quant au résultat final de l'ἐνεχυράσις pratiquée en cas d'hypallagma, on est loin de s'entendre sur ce point et les documents nous renseignent assez mal (3). Était ce une vente aux enchères ou une acquisition de propriété? Il est impossible de trancher la question.

On a soutenu que la réalisation de l'hypallagma s'opérait dans la voie de l'exécution générale sur les biens, au contraire de la réalisation hypothécaire qui aboutit toujours à un transfert de propriété. Or il est à peu près établi que normalement le *pignus ex causa judicati captum* était soumis à distraction. Cela résulte, selon certains, du fait que les principes de la procédure romaine étaient *jus absolutum* (4). Dès lors, l'hypallagma ressemblerait à notre hypothèque moderne, tandis que l'hypothèque des papyrus constituerait une sûreté moins simple et moins maniable, analogue à celle de la Grèce ancienne. — Présentée sous cette forme, la distinction est sans doute beaucoup trop arrêtée. En fait un texte nous montre l'hypallagma s'achevant dans un transfert de propriété (5). Et il n'est pas du tout certain que des deux résultats envisagés l'un ait été conçu comme moins parfait que l'autre. L'intention des parties est simplement différente. Il est probable qu'en cas d'hypallagma le créan-

(1) Cf. B. G. U., 4038.

(2) Cf. pour une comparaison entre les deux procédures, Mitteis, pp. 158-163.

(3) Cf. Schwarz, pp. 99 sqq. La question est pendante, même en ce qui concerne l'exécution ordinaire; il semble que cette dernière ait conduit parfois à des acquisitions de propriété. Toutes les formes de gage, en Egypte comme en Grèce, sont pour ainsi dire enchevêtrées les unes dans les autres, y compris le *pignus ex causa judicati captum*.

(4) Mitteis, p. 134, note. — Cf. P. Oxy., 653.

(5) P. Flor., 56. — Cf. Schwarz, p. 100. L'auteur remarque très justement que dans ce texte l'exécution n'est pas conduite seulement sur l'hypallagma, mais sur le reste du patrimoine.

cier n'a pas intérêt à préciser la manière dont il fera valoir ses droits sur la chose, parce que ces droits ne sont pas pour lui l'essentiel de l'opération, et qu'il remet à plus tard d'étudier les moyens de les exploiter. Il n'y a donc entre l'hypothèque et l'hypallagma qu'une différence certaine : c'est que dans la première la procédure se trouve raccourcie (1) (2).

Dans la pratique en tout cas, l'hypallagma et l'hypothèque étaient considérés comme des institutions tellement voisines que nous voyons souvent les clauses caractéristiques d'un contrat passer dans l'autre et réciproquement. Ainsi pour la clause de garantie que nous trouvons une fois au moins dans un contrat d'hypallagma (3). Et les interdictions d'aliéner que l'une et l'autre sûreté comportent contribuent à les rapprocher encore (4) (5).

Que si les papyrus ne nous offrent pour ainsi dire pas d'exemple d'hypothèque générale, l'explication en paraît

(1) La réalisation de l'hypothèque et celle de l'hypallagma sont souvent désignées par les mêmes expressions générales (*P. Oxy.*, 506, ll. 31-36). — On a prétendu relever entre les deux institutions une autre différence au point de vue des interdictions d'aliéner (Cf. Schwarz, pp. 56 sqq.). Tandis que ces interdictions feraient partie intégrante des contrats hypallagmatiques, on ne les trouverait pas nécessairement dans les contrats hypothécaires. (Cf. cependant pour des interdictions de ce genre dans des contrats d'hypothèque, *P. Flor.*, 1. 81 ; *P. Strassb.*, 52 ; *P. Bas.*, 7 ; *P. Oxy.*, 58. Et cette particularité est d'autant plus remarquable que ces défenses disparaissent dans les documents relatifs à des Romains) Schwarz a cru reconnaître d'autre part une différence de rédaction. Les formules *φυλάξει ἀνεξήλωτόριτον καὶ ἀκαταχρημάτιστον οὐ παρέξεται ἀνεξήλωτόριτον καὶ ἀκαταχρημάτιστον* ne se rencontrent que dans les contrats d'hypallagma. Mais il est impossible de tirer de ce fait des conclusions. Ce qui est sûr, c'est que la formule *μὴ ἐξέστω πωλεῖν μηδὲ ἑτέροις ὑποτίθεσθαι* se trouve à la fois dans des contrats d'hypallagma et dans des contrats d'hypothèque. (Cf. pp. 57-78 les conclusions très aventureuses auxquelles l'auteur arrive sur ce nouveau chef de distinction, conclusions dont il est contraint de reconnaître lui-même la précarité).

(2) L'hypothèque et l'hypallagma pouvaient tous deux être conservés par inscription à la *βιβλιοθήκη ἐγκτησέων*. Y avait-il différence dans l'inscription ? On sait qu'il y avait deux espèces d'inscription : l'une au nom du créancier (*P. Oxy.*, 274) et au nom du débiteur (*B. G. U.*, 1072). On a supposé (Schwarz, p. 62) que tandis que l'inscription de l'hypothèque était double, celle de l'hypallagma n'avait lieu qu'au nom du débiteur (?).

(3) *P. Flor.*, 28, 19 sqq., τὸ δὲ προκείμενον ὑπὸ ἄλλῃμα βιβλιώσω πάσῃ βεβαίωσει.

(4) Il ne faudrait pas croire d'ailleurs que l'hypallagma n'est pas autre chose que l'interdiction d'aliéner (Rabel, *op. cit.*, pp. 71 sqq.). Le droit d'hypallagma est un droit réel comme le droit hypothécaire.

(5) Ceux qui ont soutenu le caractère purement compensatoire de l'hypothèque sont en tout cas obligés de reconnaître que ce principe reçoit en matière d'hypothèques publiques une dérogation singulière (*P. Par.*, 62, col. II, l. 7) et cela dès l'époque ptolémaïque.

assez simple. Ce n'est point, comme on l'a dit (1), parce que, le gage hypothécaire devant automatiquement à l'échéance passer du patrimoine du débiteur dans celui du créancier, il y aurait eu disproportion injuste entre la créance et la satisfaction réelle qui lui sert de succédané. Mais au contraire le créancier convoite en général la propriété d'un bien déterminé. Et comme il serait tenu sans doute de rembourser l'excédent au débiteur, il n'a aucun intérêt à se faire désigner par avance comme objets possibles d'exécution tous les biens immobiliers de celui-ci. Quelles que soient d'ailleurs les restitutions auxquelles le créancier est exposé, il n'en reste pas moins que le droit hypothécaire, par la échéance immédiate de propriété dont il signifie la menace, grève le patrimoine débiteur plus lourdement peut-être que ne ferait l'éventualité d'une mesure ordinaire d'exécution. Il est à remarquer aussi qu'à titre exceptionnel nous trouvons bien dans les textes un engagement général du patrimoine (2). Mais c'est surtout par voie d'hypallagma que se réalise l'engagement général (3).

L'hypallagma n'est donc pas un moyen d'échapper à certaines conséquences logiques du droit hypothécaire. Ce n'est pas une institution plus moderne ni mieux adaptée aux besoins de la vie pratique (4). L'hypallagma répond à d'autres exigences que l'hypothèque, voilà tout. Il est vain de vouloir faire sortir les unes des autres les diverses formes de garantie, comme si l'ingéniosité d'un peuple n'était pas capable de travailler simultanément dans plusieurs voies. D'ailleurs ceux mêmes qui ont prétendu que l'hypallagma était une sorte de remède aux imperfections de l'hypothèque, reconnaissent que l'hypothèque n'est pas toujours

(1) Schwarz, pp. 48-54. — C. R., par Mitteis, *Z. S. S.*, XXXII, p. 486. — Nous ne trouvons l'hypothèque générale que très tard, à l'époque byzantine, mais l'hypothèque a alors complètement changé de caractère.

(2) *B. G. U.*, 362, fr. I, 13 sqq. — Cf. Wilcken, *Hermes* XX, p. 459. — Hitzig, p. 22, n. 5. — Eger, *Ägyptisches Grundbuchwesen*, p. 47. — Texte dont le sens est contesté par Schwarz, p. 51.

(3) *P. Lond.*, III, pp. 104 sqq. — Cf. *B. G. U.*, 1072, col. I.

(4) Cf. Schwarz, pp. 45 sqq.

demeurée un gage compensatoire (1). Et ils déclarent que la fonction propre de l'hypallagma devait se révéler mieux en conséquence au moment de son apparition que dans la suite. Mais il resterait alors à expliquer pourquoi ces deux types de sûreté se sont ainsi maintenus l'un à côté de l'autre, cependant que leur contraste allait s'affaiblissant (2).

III. — Nous énumérerons brièvement les autres formes de sûreté du droit gréco-égyptien. Ce sont :

1^o L'interdiction de disposer qui se rapproche plus de l'hypallagma que de l'hypothèque (3) ;

2^o L'ὑπέγγυον sûreté qui implique l'indisponibilité de certains biens réalisée par une interdiction d'aliéner, avec en outre une clause générale d'exécution (4) ;

3^o L'antichrèse avec interdiction d'aliéner (5) ;

4^o La μεσιτήξ, dont nous ne savons pas grand'chose, mais qui paraît se rapprocher davantage de l'hypothèque (6) ;

5^o Le διεγγύημα, dont la nature est également incertaine (7) ;

6^o La κατοχή. Ce mot paraît avoir eu un sens très large (8) ;

7^o L'ἐνέχυρον.

(1) Schwarz, *loc. cit.* Cet auteur croit d'ailleurs que l'évolution du gage hypothécaire se serait faite plus lentement en Egypte qu'en Grèce. On aurait d'abord prévu une responsabilité pour l'ἑλλείπον dans le genre de celle que nous trouvons dans B. G. U., 741. La question de l'*hyperocha* aurait été posée seulement plus tard.

(2) Non seulement cette justification ne peut être fournie, mais il échappe parfois à ceux qui soutiennent le principe d'une distinction radicale entre hypothèque et hypallagma des aveux intéressants à recueillir. — Cf. à propos de B. G. U., 1158, Schwarz, p. 47. Il est question dans ce texte d'une option entre l'exécution générale et la réalisation de l'hypothèque, et l'auteur est obligé de reconnaître que dans ce cas les effets de l'hypothèque coïncident avec ceux de l'hypallagma. Naturellement la situation demeure pour lui exceptionnelle. (Notons d'ailleurs que dans le texte invoqué il ne s'agit pas à proprement parler d'une hypothèque, mais d'un transfert de garantie.)

(3) P. Lond., II, p. 216. — P. Teb., 348.

(4) P. Oxy., 507. Cette sûreté se rapproche encore énormément de l'hypallagma, et il est bien difficile de tracer ici une limite. (Cf. Schwarz, p. 139, n. 2).

(5) P. Lond., III, p. 136.

(6) B. G. U., 455. — B. G. U., 907.

(7) P. Lond., II, p. 152. — B. G. U., 184. — B. G. U., 112, 536, etc.

(8) P. Oxy., 483. — P. Oxy., 506, l. 49. — Nous ne savons pas toujours si ces termes correspondent à des institutions spéciales. Ce n'est pas probable pour beaucoup. Parfois, d'autre part, nous trouvons la trace d'opérations de garantie qu'il est difficile de faire rentrer dans les cadres connus, sans que néanmoins un nom spécial leur soit attribué : B. G. U., 970.

D'une manière générale le droit de jouissance du gage dépend des conventions des parties. Mais, comme la possession demeure la plupart du temps au constituant, le créancier se trouve exclu *a fortiori* de la jouissance. Dans un seul cas il est parlé de la jouissance du créancier qui s'ajoute à ses autres droits (1) et il est dit qu'elle tiendra lieu des intérêts du capital. Mais dans plusieurs papyrus il est question d'un droit de jouissance pur et simple conféré en garantie d'une créance (2) ; et les mots d'hypothèque et d'hypallagma ne sont jamais prononcés alors (3). Il semble qu'il y ait là encore une forme particulière du droit de gage (4). L'effet réel est d'autant plus vraisemblable que la protection de la possession existait déjà à l'époque ptolémaïque, et que, pour l'époque romaine c'est une institution générale bénéficiant certainement aux pérégrins. — Les modalités sont diverses. Le plus souvent la jouissance vaut comme compensation des intérêts en cours (5) ; mais il ne semble pas que cette règle soit absolument générale.

(1) *P. Lips.*, 40.

(2) *P. Ony.*, 339. — *P. Teb.*, 586. — Cf. Marco Modica, *op. cit.*, p. 280.

(3) Voir cependant *P. Grenf.*, II, 69, mais l'expression a dans ce texte un sens très large.

(4) *Mitteis*, p. 153. — Ce point a d'ailleurs été contesté.

(5) *B. G. U.*, 101. — D'autres fois le droit d'usage est prévu pour le cas de retard et tient lieu d'intérêts moratoires. (*B. G. U.*, 339 ; *P. Teb.*, 390.)

CONCLUSION

L'étude des papyrus est venue apporter une confirmation nouvelle à nos précédentes remarques. Ce sont ces remarques qu'il nous faut maintenant rassembler de manière à leur donner figure.

Nous ne croyons pas qu'il soit possible de résoudre le problème posé par l'hypothèque grecque, ni en la ramenant de propos délibéré à notre hypothèque moderne ou à l'hypothèque romaine, ni en l'opposant de parti pris à ces institutions. Le tout est affaire de mesure et de nuances ; et c'est une solution circonspecte et peut-être en apparence effacée qui s'impose.

Lorsque l'attention s'est portée sur le gage hypothécaire hellénique, on a d'abord cherché à montrer que les Grecs n'étaient restés en retard ni sur les Romains ni sur nous, qu'ils avaient connu dans ses grandes lignes tout notre système de sûretés réelles, que sur certains points mêmes ils l'avaient plus ingénieusement utilisé que Rome. Puis une réaction est venue, et là où on l'avait admiré des concordances on s'est plu à faire surgir des antithèses. A cet effet on a mis en œuvre pour des fins nouvelles certaines armes fournies par les partisans du premier système (1). L'hypothèque grecque aurait été une garantie radicalement différente de la nôtre. Ce n'aurait même pas été autrement que dans une langue impropre une garantie. Il n'y a plus créance d'une part et sûreté conférée en faveur de cette créance de l'autre. Les droits qu'il possède sur la chose engagée épuisent toutes les prérogatives du créancier. Bien plus, l'hypothèque grecque dans son imperfection n'aurait été que le point de départ d'une évolu-

(1) Le premier système est lié au nom de Dareste, le second à celui de Hitzig. Et lorsque nous parlons d'armes fournies par le premier groupe de critiques, nous avons surtout en vue l'assimilation de l'hypothèque à la *πρᾶσις ἐπὶ λύσει*.

tion régulière, ou au moins d'une transformation dont on pourrait marquer les étapes. A l'origine, le gage qui n'est qu'un succédané de la créance : au terme, le gage qui a pris la physionomie d'une sûreté. La première forme est grecque, la seconde est romaine. Entre les deux se place, comme modalité de transition, le gage hypothécaire de l'Égypte (1). Le progrès aurait été accentué par des considérations dont les unes sont en faveur du créancier, les autres en faveur du débiteur. Le créancier d'une part a intérêt à voir le débiteur répondre personnellement de la dette au lieu de conférer sur une chose déterminée un droit forfaitaire de satisfaction. C'est ainsi que des documents accordent *in eventum* à ce créancier un droit d'exécution générale. Tel serait le sens des clauses de *κίνησινος*. D'autres fois la responsabilité personnelle ne vient pas se substituer le cas échéant à autre chose : elle complète le droit du créancier sur les biens engagés (2). Ailleurs le rapport est alternatif et le créancier a un droit d'option entre la réalisation du droit de gage et l'exécution générale (3). Il arrive aussi que le rapport soit solidaire et que la chose engagée d'une part, le le reste du patrimoine de l'autre soient entre eux dans la relation de deux débiteurs corréaux (4). Mais de son côté le débiteur a intérêt à voir se régler la question de l'*hyperocha*. Et certains papyrus viennent ici fournir un témoignage indirect. On peut en effet argumenter en ce sens de tous les cas dans lesquels le droit hypothécaire ne s'épuise pas dans un seul acte ; et ce sont notamment ceux où se manifeste, en raison d'une autre obligation, un droit de rétention sur la chose engagée ou encore les cas d'hypothèque complémentaire. Néanmoins, et comme il est naturel dans la précarité

(1) Tel est notamment le point de vue de Rappe, *op. cit.*, pp. 60 sqq.

(2) Exemple tiré de *B. G.U.*, 741, qui établit une responsabilité personnelle du débiteur pour l'ἐλλείπον... Il semble en effet qu'il y ait lieu de distinguer le cas d'insuffisance du gage du cas de risque.

(3) *P. Oxy.*, 506. — *P. Oxy.*, 270. — Cf sur le premier de ces textes, de Ruggiero, *op. cit.*, pp. 17 sqq ; sur le second, Bortolucci, *Bull. dell' Ist. di Dir. rom.*, XVII, pp. 291 sqq. C'est ce qui arrive en droit romain, en cas de *lex commissoria*. — Dernburg, *Pfandrecht*, II, pp. 273 sqq.

(4) *P. Oxy.*, 270. — Cf. *P. Rein.*, 18, 19 (époque ptolémaïque).

des idées juridiques, les droits du débiteur paraissent moins bien défendus que les droits du créancier. — On a même parfois donné à entendre que le droit de suite ne se retrouvait pas en Grèce (1).

L'hypothèque grecque n'a mérité ni un semblable honneur ni une telle indignité. Sur le premier point, de longs développements ne sont pas nécessaires, parce que les efforts récents de Pappulias n'ont pu réussir à moderniser l'institution. L'hypothèque grecque du droit privé n'est pas susceptible de distraction en justice. Néanmoins elle demeure moins éloignée qu'on ne le croit généralement de nos conceptions actuelles. Non seulement le droit de suite en fait partie intégrante — la publicité hypothécaire pourrait-elle au fond se comprendre sans le droit de suite ? — mais il nous semble très exagéré de dire que ses vices, devenus de jour en jour intolérables, ont fait sourdre comme une cascade de révolutions juridiques. Il y a toutes réserves à faire sur l'idée du processus que nous venons de retracer. Encore une fois les papyrus ne nous permettent aucune conjecture historique. Et le plus souvent la portée de leurs clauses nous échappe. D'ailleurs le principe même de cette thèse nous paraît faux. Tout ce que nous savons de la nature intime du gage hypothécaire, aussi bien en Grèce qu'en Egypte, c'est que, faute de paiement à l'échéance, la propriété en échoit au créancier. Différence juridique avec le gage moderne sans doute, mais différence qu'il nous est permis de croire limitée à la procédure de réalisation. On a singulièrement abusé des mots de dation en paiement ou encore de gage compensatoire pour caractériser cette garantie. Il peut bien se faire qu'à l'origine, aucun règlement ne soit intervenu lors de l'acquisition de propriété pour sauvegarder les droits du débi-

(1) On a plus d'une fois remarqué que le droit de gage n'impliquait pas le droit de suite. Avant la création de l'action servienne, l'hypothèque romaine ne conférait pas le droit de suite. Dans le Dekkan, on distingue entre le tiers acquéreur de bonne foi et le tiers acquéreur de mauvaise foi. Le droit de suite n'est pas accordé à ce dernier. (Kohler, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, VIII, pp. 123 sqq.). — Remarquons que pour le droit grec la question perd de son acuité du fait que le débiteur ne peut aliéner la chose hypothéquée sans le consentement du créancier hypothécaire. Si le débiteur s'est passé de ce consentement, la vente doit vraisemblablement être considérée comme nulle.

teur en cas d'excédent sur la créance. Nous n'avons en tout cas nulle preuve que le gage ait complètement épuisé les prérogatives du créancier (1) et que le débiteur n'ait point été tenu de payer l'ἑλλείπον. Et si le gage grec a pu être à un certain moment ce qu'on appelle un gage compensatoire, qui ne voit que cette différence par rapport au gage moderne n'est pas la différence essentielle, mais une différence secondaire, découlant de la divergence des procédures? Ce point, très conjectural d'ailleurs, est en dehors de notre sujet. À l'âge classique l'hypothèque revêt tous les dehors d'une sûreté. Et de cela seulement nous avons à nous occuper ici, sans poursuivre au nom d'idées préconçues des filiations imaginaires. Le remboursement de l'ὑπερβολή dès l'époque de Démosthène fait présumer *a fortiori* le règlement de l'ἑλλείπον. Dans cette mesure l'hypothèque grecque est une institution équitable. Dira-t-on que ces restitutions, opérées soit par le créancier, soit par le débiteur, ne peuvent se concevoir sans une vente préalable de la chose hypothéquée? Nous en avons pourtant des exemples, empruntés à d'autres droits. Dans le droit hongrois, dans le droit suédois, et à peu près à la même époque (XIII^e siècle), nous voyons le créancier, pour tant qu'il s'empare de la propriété du gage, tenu de restituer le cas échéant une valeur équivalente à son excès sur la créance (2). Et les faits ne permettent pas ici d'autre explication.

Nous arrivons à dire que l'hypothèque grecque n'est guère séparée de l'hypothèque moderne que par l'ἐκλόχησης dans laquelle elle s'achève. Et la chose n'a rien de surprenant si l'on songe au rôle joué dans la vie juridique des peuples par

(1) Ce résultat a pu être obtenu parfois dans certaines législations, mais en raison de circonstances spéciales. Dans le droit hongrois du Moyen Âge par exemple, le prêt ne se concevait pas sans gage; et il en résultait que créance et sûreté se trouvaient intimement confondus. Le droit de gage équivalait bien pour le créancier à une satisfaction forfaitaire. Mais, ici, c'est la procédure qui réagit sur le droit. La preuve du gage, plus facile à administrer, rendait toute autre preuve inopérante. Le gage par suite prenait le pas sur la créance. (Cf. Akos von Timon, *Ungarische Verfassungs und Rechtsgeschichte* (trad. allemande de F. Schiller), 1904, pp. 406 sqq.). — Il est fort douteux que quelque chose d'analogue se soit jamais passé en droit grec.

(2) A. von Timon, *op. cit.*, p. 411. — Karl von Amira, *Nordgermanisches Obligationenrecht*, 1883, I, pp. 204 sqq.

le procédure (1). Très souvent la procédure suffit à infléchir les institutions dans un sens inattendu, à leur faire prendre une forme nouvelle. Aussi dirons-nous que cette différence n'est point négligeable. Mais n'ajoutons pas qu'elle relègue l'hypothèque grecque parmi les sûretés rudimentaires dont l'histoire a révélé l'insuffisance. L'ἐμβύτευσις offrait l'avantage d'être un acte facile et rapide. Le souple génie des Grecs ne s'est pas arrêté à une combinaison grossière. Dans les sociétés anciennes des acquisitions de propriété sauvegardaient aussi bien les intérêts des parties en cause qu'une vente aux enchères. Et il pourrait en être de même dans les sociétés modernes si les biens immobiliers n'étaient pas souvent en fait considérés comme une entrave. Par ailleurs la Grèce a trouvé dans l'hypothèque une institution très variée et merveilleusement adaptée à ses besoins.

(1) Cf. Jobbé-Duval, *N. R. H.*, 1880, pp. 463 sqq.

VU : *Le Président de la Thèse,*
P.-F. GIRARD.

VU : *Le Doyen,*
F. LARNAUDE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris.

Pour le Vice-Recteur :

L'Inspecteur de l'Académie,
ISTRIA.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION : Les sources	5
Première Partie : ANALYSE DE L'INSTITUTION	11
<i>SECTION I : Origine et évolution de l'hypothèque grecque.</i>	11
CHAP. I. — De la terminologie	11
CHAP. II. — Histoire de l'hypothèque dans ses rapports avec quelques institutions similaires... ..	19
CHAP. III. — Nature de l'hypothèque	36
<i>SECTION II : Ses éléments.</i>	51
CHAP. I. — Sources de l'hypothèque	51
CHAP. II. — La créance garantie	55
CHAP. III. — Objet et assiette de l'hypothèque	61
CHAP. IV. — Conditions et formes de la constitution d'hypothèque	71
CHAP. V. — Publicité des hypothèques	76
<i>SECTION III : Ses effets.</i>	81
CHAP. I. — Avant l'échéance	81
CHAP. II. — Après l'échéance	91
§ 1. — Hypothèque unique	91
§ 2. — Hypothèques multiples	101
CHAP. III. — Extinction de l'hypothèque	106
Deuxième Partie : PORTÉE ET INFLUENCE DE L'HYPOTHÈQUE GRECQUE ..	109
<i>SECTION I : Rapports de l'hypothèque grecque avec l'hypo-</i> <i>thèque romaine.</i>	109
CHAP. I. — Les théories	109
CHAP. II. — Les faits	116
<i>SECTION II : Le droit des papyrus comme intermédiaire.</i> ..	127
CHAP. I. — Hypothèque proprement dite	128
CHAP. II. — Institutions similaires	134
CONCLUSION	147

